ELOY LARES MARTINEZ

Profesor Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

CURSOS DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

CARACAS

1963

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

ELOY LARES MARTINEZ

Profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

CURSOS DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

CARACAS
1963

A Hilda, mi esposa; a mis hijos: Eloy, Leopoldo, Hilda Cecilia, Carlos Alfredo y Enrique Julio; a mi madre; a la memoria de mi padre, Eloy Lares Saravia, muerto en la flor de los años; y al dulce recuerdo de Julieta, mi hermana.

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPITULO I

LA ADMINISTRACION PUBLICA. DIVERSAS ACEPCIONES. CONCEPCIONES DE LAS DISTINTAS ESCUELAS

1.—*Diversas acepciones*

El derecho administrativo es la rama del derecho público que tiene por objeto el régimen jurídico de la administración. Determinar, pues, el concepto de *administración* tiene en esta disciplina capital importancia.

La palabra administración puede ser empleada en un sentido genérico, y es entonces aplicable a toda actividad estructurada para alcanzar fines humanos, y también en un sentido específico, o sea, en sentido jurídico, lo cual ocurre cuando los fines humanos que se propone alcanzar conciernen al Estado y demás entidades públicas.

El vocablo "administración" tiene su origen en la voz latina "administrare" que significa "servir, gobernar, cuidar, regir", y que fue empleada por los clásicos latinos en el sentido de "mandar". Durante la Edad Media se redujo el uso de la palabra a designar el cuidado de los bienes patrimoniales, esto es, a la administración puramente económica.

En el lenguaje del derecho público moderno la palabra administración o la expresión "administración pública", que es su equivalente, se refieren concretamente al Estado y entidades menores de carácter estatal. Aun en este sentido restringido designa unas veces una actividad, una función, y otras, el conjunto de autoridades, funcionarios y empleados que la ejercen.

El término "administración" utilizado con relación al Estado, data del siglo XVIII. Se ha señalado[1] como uno de los primeros

1. Dr. Antonio Moles Caubec. Apuntes de clase (inéditos).

autores en emplear dicha palabra en ese sentido, a Juan Jacobo Rousseau en su famosa obra *El Contrato Social*, publicada en 1762.

En efecto, Rousseau da la siguiente definición de "gobierno": "Llamo gobierno o suprema administración, al ejercicio legítimo del Poder Ejecutivo, y Príncipe o Magistrado, al hombre o al Cuerpo encargado de esta administración" *(El Contrato Social,* Libro III, capítulo I). Por vez primera se encuentra dicho vocablo,[2] en el sentido expresado en un texto legal, en la ley de 16-24 de agosto de 1790, dictada en Francia por la Asamblea Constituyente, que consagra el principio de la separación entre la autoridad judicial y la autoridad administrativa, y la cual dispone: "Las funciones judiciales son y quedarán para siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante sí a los administradores por razón de sus funciones".

Este texto, que es de un alcance extraordinario en la historia del derecho público, pues en cierto modo provocó la aparición del derecho administrativo, utiliza también las expresiones "funciones administrativas", "cuerpos administrativos", y "administradores", en relación con los asuntos del Estado.

2.—*La administración, función del Estado*

Ordinariamente se admite que el Estado ejerce tres funciones jurídicas: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. Algunos autores agregan la función constituyente.

Se ha dicho que la función constituyente en plano material puede definirse como la actividad estatal que tiene por objeto la formulación de las normas relativas a la creación y organización de las entidades estatales; y en plano formal, como la actividad estatal de creación de las normas constitucionales.

La administración es, pues, una de las funciones jurídicas del

2. Dr. Moles. Apuntes citados.

Estado, y está dominada por el principio de legalidad, conforme al cual todo y cada uno de los actos de la administración del Estado han de estar condicionados por una regla legal, que se convierte en la medida de su licitud.

El ejercicio de la función administrativa abarca la realización de actos jurídicos y de operaciones materiales. Los primeros pueden ser de alcance general, como los reglamentos; o de efectos individuales, como los nombramientos, los permisos y las multas. Operaciones materiales son los hechos cumplidos por la administración que no constituyen manifestaciones de voluntad, tales como el reparto de la correspondencia por los empleados de coreos, la vacunación practicada por los servicios sanitarios, o la lección dictada por un profesor en un plantel del Estado.

Mediante la realización de actos jurídicos y de operaciones materiales, la administración cumple sus atribuciones, esto es, atiende al cumplimiento de los fines que el derecho señala a las entidades públicas. Se llaman "cometidos" los objetivos o fines que determina concretamente el ordenamiento jurídico como tarea propia de dichas entidades. Depende de la concepción política dominante en un país y en un momento dado, cuáles sean los cometidos que la Constitución y las leyes ordinarias confieran al Estado. Durante el siglo XIX, bajo el imperio de las ideas individualistas, generalmente se fijaban al Estado escasos cometidos: el mantenimiento del orden público y de la salubridad pública, la defensa del territorio, la administración de justicia y la del dominio nacional. En nuestros días, por el contrario, el predominio de la concepción social extiende la acción del Estado a multitud de servicios públicos, relacionados con el fomento de la cultura y de la economía, la solución de problemas sociales, y la explotación de actividades comerciales e industriales. Así, por ejemplo, la actual Constitución venezolana señala al Estado, en el orden social, económico y cultural, entre otros cometidos, los siguientes: el fomento de la organización de las cooperativas y demás instituciones destinadas a mejorar la economía popular (art. 72); la protección de la familia como célula fundamental de la sociedad, y el cuidado por el mejoramiento de su situación

moral y económica (art. 73); la protección de la maternidad, sea cual fuere el estado civil de la madre (art. 74); el amparo y protección de los menores (art. 75); el mejoramiento de las condiciones de vida de la población campesina (art. 77); la dotación de tierra a los campesinos y trabajadores rurales que carezcan de ella, y el suministro de los medios necesarios para hacerla producir (art. 105); el fomento de la educación y de la cultura, en sus diversas manifestaciones (arts. 78 y 83); el mejoramiento de las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores (art. 85); el desarrollo de un sistema de seguridad social (art. 94); la promoción del desarrollo económico y de la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país (art. 95). Dispone, además, la Constitución, que el Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional, y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control; y que la ley determinará lo concerniente a las industrias promovidas y dirigidas por el Estado (art. 97).

CONCEPTOS SOBRE LA ADMINISTRACION

I. DOCTRINAS GERMANICAS

3. *La noción de administración, según Otto Mayer*

El notable administrativista alemán Otto Mayer, quien escribía a fines del siglo pasado y comienzos del presente, nos dice que originariamente se quería comprender bajo el término "gobierno" la actividad total del Estado: legislación, justicia y administración. En el curso de su evolución, estas ramas se han separado una después de la otra. La justicia, el dominio de los tribunales ordinarios, es la primera que se separa; se comienza por distinguir los asuntos de gobierno de los asuntos de justicia. Con la formación del nuevo derecho constitucional, la legislación, que queda subordinada al

concurso de la representación nacional, esto es, de un cuerpo representativo de la voluntad general, comienza a aparecer como opuesta a todo el resto de la actividad del Estado. Por último, para toda actividad que no es justicia ni legislación se introduce la palabra "administración", no para reemplazar al vocablo "gobierno", sino para designar una nueva rama de la actividad, la cual, desprendiéndose también del gobierno, se ubica al lado de la justicia.

Lo cierto es —escribe Mayer—, que toda la actividad *inmediata* del Estado parece atribuirse a estas tres ramas especiales. Ellas no han dejado al gobierno más que lo que les es común. Se entiende hoy por gobierno la alta dirección, el impulso que parte del centro para hacer marchar los asuntos en el sentido de una buena política y del interés general. El gobierno influye sobre todas las ramas de la actividad material del Estado, pero en sí mismo, conserva una naturaleza más bien ideal.

La legislación, la justicia y la administración son todas actividades mediante las cuales el Estado tiende a realizar su fin. Lo que las distingue entre sí son las distintas maneras en que ellas han de servir a esta realización. El mismo Mayer examina el desarrollo histórico para hallar en él los distintos elementos que sucesivamente han contribuido a fijar los respectivos papeles de las expresadas ramas del poder público.

En el antiguo derecho alemán, legislación significaba el establecimiento por el soberano, de reglas generales y obligatorias para los súbditos, de reglas de derecho. El derecho constitucional moderno ha formado, justamente con vista de esta función, la representación nacional; y es su principio fundamental que la legislación no puede elaborarse sin el concurso del cuerpo representativo. Desde entonces, la legislación ha adquirido un nuevo elemento característico. Continúa siendo el establecimiento de reglas de derecho por el poder soberano; pero este poder ahora sólo se manifiesta con el concurso del cuerpo representativo. Es por la concurrencia de estos dos elementos que la legislación forma el concepto opuesto al de administración.

La justicia, en principio, es la actividad del Estado destinada

al mantenimiento del orden jurídico mediante el poder público. Las autoridades a las que está confiada se llaman tribunales. Ahora bien: en la época en que en Alemania se efectuó el distingo entre justicia y administración, no había tribunales sino para la observancia de los derechos civil y penal. La palabra justicia ha conservado ese cuño; la justicia es actualmente la actividad del poder público, destinada al mantenimiento del orden jurídico, que pertenece a los tribunales encargados de la aplicación del derecho civil y del derecho penal. La justicia se opone a la administración por la concurrencia de estos dos elementos. Deja de haber justicia, a pesar de la apariencia exterior, tan pronto como falta uno u otro de los dos elementos constitutivos.

Según la doctrina de Otto Mayer, cuando falta uno de los dos elementos constitutivos, ya en la legislación, ya en la justicia, la actividad, cualquiera que sea por lo demás su carácter, cae por ello mismo en la esfera de la administración. Por consiguiente, esta noción parece estar delimitada negativamente: *administración* debe ser toda actividad del Estado que no es legislación ni justicia.

Por otra parte, enseña Mayer, la administración, desde su comienzo ha sido contemplada como una actividad del Estado que *se ejerce bajo la autoridad del orden jurídico que él debe establecer.* La administración es la actividad del Estado para realizar sus fines, *bajo su orden jurídico.* En la legislación el Estado se encuentra *sobre este orden jurídico;* en la justicia, todo se hace *por este orden jurídico*[3].

4. *La noción de administración, según la escuela vienesa (Kelsen-Merkl)*

El grupo de juristas de Viena, en el que son figuras sobresalientes Hans Kelsen, filósofo del derecho, y Adolfo Merkl, administrativista, se propone eliminar del conocimiento jurídico todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho; es decir, librar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños,

3. Otto Mayer. *Derecho Administrativo Alemán.* Buenos Aires, 1949, t. I, pp. 3 y ss.

y como tales califica las nociones de Psicología, Biología, Ética Teología, con las cuales se ha mezclado el Derecho en el curso de los últimos dos siglos. La *teoría pura* del derecho desliga, pues, por completo, el concepto de la norma jurídica del de la norma moral. Según ella, la ley jurídica es un juicio hipotético: Si es A debe ser B, siendo de advertir que este "debe ser" no enuncia un juicio de valor, ni moral ni político; este "debe ser" sólo significa el sentido específico en que la condición jurídica y la consecuencia jurídica se corresponden en la proposición jurídica. Recasens Siches observa atinadamente que "la misión de la teoría pura del derecho respecto de los fenómenos jurídicos puede ser comparada a la que incumbe a la geometría con relación a los cuerpos, esto es, el estudio exclusivo de las formas posibles y de las conexiones esenciales entre las mismas".[4]

Para esta escuela, toda función del Estado es función creadora del derecho. El orden jurídico es un orden graduado de diferentes capas de normas. La producción de una norma de derecho está regulada por una norma jurídica superior, y al propio tiempo, la norma inferior creada por aquélla regula el modo de creación de otra norma jurídica subordinada a ella. Todo hecho de producción de una norma representa, además, con respecto a la norma superior que lo regula, un acto de ejecución de la misma. A su vez, la norma creada en este acto será ejecutada de nuevo mediante otro hecho creador de una norma inferior. Es lo que se ha llamado la "teoría de la formación del derecho por grados", y que encuentra su imagen en la pirámide de Kelsen.

Al tratar de precisar el concepto de administración, los juristas vieneses reproducen las ideas ya expuestas por Otto Mayer, a quien Merkl califica como "el más distinguido de los teóricos alemanes del derecho administrativo". Para Merkl, el concepto de administración es el resultado de una sustracción, "en el que el minuendo lo constituyen la suma de las actividades del Estado y el sustraendo la suma de legislación y justicia". Asienta el mismo autor que la actividad del Estado que cobijamos bajo el nombre de administración es tan abigarrada, tan diversa por su forma y

4. Recaséns Siches. *Estudios de Filosofía del Derecho*. p. 520.

contenido, más todavía, se halla en una contradicción tan patente con el sentido usual de administración —a este respecto, advierte que la guerra es acción administrativa— que lo único común aceptable no puede ser algo positivo, sino negativo, a saber: el hecho de no ser legislación y de no ser justicia.

En la teoría de Merkl, al oponer administración y legislación, se alude a la ley formal, no a la ley material. De este modo, a la legislación corresponderán todas las etapas de la tramitación legislativa, mientras que la administración quedará fuera de ese camino. Se agrega que todos los órganos que participan constitucionalmente en la ley formal son órganos legislativos; todas sus funciones parciales constituyen, sin disputa, legislación, en oposición a la administración.

Dentro de esta teoría, la oposición entre la legislación y administración se reduce a una diferencia en su respectiva *distancia* a la Constitución. Se reconoce en la Constitución el fundamento y condición previa de toda actividad estatal, lo mismo de la administración que de la legislación, de donde se desprende como nota diferencial entre estas dos últimas, que la Constitución representa para la legislación un fundamento *inmediato,* mientras que para la administración es *mediato.* La legislación viene, pues, a ser entendida como ejecución de la Constitución, en tanto que la justicia y la administración son ejecución de la legislación, o lo que es igual, actividades sublegales.

La justicia y la administración, como puede observarse, constituyen actividades sublegales, correspondientes al tercer grado de producción del orden jurídico. Es necesario establecer las diferencias que existen entre una y otra actividad.

La justicia se caracteriza por dos rasgos: el uno de carácter material; y el otro de carácter orgánico.

El rasgo material de la justicia es que mediante ella se ejerce la jurisdicción. Se concibe como jurisdicción la "subsunción de una situación de hecho concreta bajo una norma jurídica abstracta". Mediante la jurisdicción se determina en cada caso concreto lo que para el caso particular es derecho según el sentido de la norma

general. Para diferenciar los actos jurisdiccionales de los otros actos ejecutivos individuales concretos —esto es, de los actos de administración—, se suele completar habitualmente las características conceptuales de la jurisdicción con la alusión a que tiene por objeto la decisión de una contienda. En consecuencia, se definen como actos jurisdiccionales, aquellos actos ejecutivos por medio de los cuales se dice o declara el derecho en un caso individual entre partes contendientes. Observa Merkl que el rasgo material no es suficiente para determinar el concepto de justicia, porque existen casos de pura jurisdicción ejercida por las autoridades administrativas. Por lo tanto —expone Merkl—, no nos queda como nota diferencial que nos permita una separación neta entre las dos regiones de la ejecución, más que la orgánica: la situación jurídica del órgano, su relación con órganos del mismo complejo orgánico. En la justicia domina absoluta coordinación de órganos; en la administración, junto a la coordinación, existe subordinación. El órgano administrativo está posiblemente y, en general, realmente subordinado a otros órganos administrativos; el órgano judicial no está subordinado en esta su cualidad a ningún órgano judicial: el juez es independiente, mientras que el órgano administrativo no lo es. Como administración entendemos las funciones de aquel complejo orgánico regido por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior.

En resumen, según las ideas de la escuela vienesa, cada función estatal se origina del proceso formativo del orden jurídico, en virtud del cual se van produciendo sucesivamente y de una manera escalonada, partiendo de la norma superior, que es la Constitución, por una inmediata derivación, que es la legislación, como ésta a su vez, al ejecutarse da lugar a la ejecución o funciones ejecutivas, realizadas por un complejo de órganos independientes (justicia) o bien subordinados (administración). Por lo tanto, la administración "es la actividad ejecutiva condicionada por las instrucciones mediante las cuales se interpreta la ley" (Merkl).[5]

5. Adolfo Merkl. *Teoría General del derecho administrativo.* Madrid, 1935. pp. 7 y ss.

Se ha observado que la escuela vienesa reduce la teoría del derecho administrativo al análisis de la función administrativa, excluyendo entonces otras manifestaciones de la actividad administrativa, como son los servicios públicos y las empresas administrativas (Dr. Antonio Moles Caubec). El citado profesor expone: "La única advertencia —no reproche— que ha de hacerse, consiste en comprobar que la teoría resulta incompleta, pues no llega a considerar actividades administrativas que, sin ser funciones administrativas son, sin embargo, "administración".[6]

II DOCTRINA FRANCESA

5. *La Escuela de Burdeos*

Entre los autores franceses, especialmente durante la primera mitad del siglo XX, la idea dominante, para definir la administración, ha sido la noción de servicio público. Esta idea, que aparece en la doctrina y la jurisprudencia francesas desde el siglo anterior, adquiere extraordinario vigor en las obras de Leon Duguit y sus discípulos Roger Bonnard y Gaston Jèze, quienes forman la llamada escuela realista de Burdeos. Entre estos autores, la administración se identifica con los servicios públicos.[7]

La noción de administración, dominante en Francia, sostenida particularmente por el profesor Leon Duguit, corresponde al punto de vista del carácter interno de cada una de las funciones jurídicas del Estado, o lo que es igual, al punto de vista *material.*

En la concepción del Estado, acogida por Duguit y sus discípulos Gaston Jèze y Roger Bonnard, la noción de *servicio público* aparece en primer plano. "El Estado —ha escrito Duguit— es una cooperación de servicios públicos". Y también: "Los gobernantes son los gerentes de los servicios públicos". De allí se desprende

6. Dr. Moles. Apuntes citados.
7. Leon Duguit. *Traité de droit constitutionnel.* Paris, 1925; Gaston Jèze, *Principios Generales de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 1948; Roger Bonnard, *Précis de Droit administratif,* Paris, 1943.

la siguiente definición de las funciones jurídicas del Estado: "Son todas aquellas que ejercen los gobernantes por sí mismos o por medio de sus agentes para organizar los servicios públicos y asegurar el funcionamiento ininterrumpido de los mismos".

Todas las veces que el Estado interviene en vista de un servicio público ejerce una función jurídica, la cual varía según la naturaleza interna del acto que cumple. En otros términos, es únicamente según las modificaciones que los actos realizados pueden producir en el ordenamiento jurídico, sea en el dominio del derecho objetivo, sea en las situaciones jurídicas subjetivas, que deben ser distinguidas las diferentes categorías de funciones jurídicas del Estado. Para distinguir las diversas funciones del Estado, Duguit afirma que es preciso colocarse exclusivamente en el punto de vista material, es decir, considerar los actos cumplidos en su naturaleza interna, abstracción completa del órgano, del agente que ha intervenido.

Estos autores distinguen las tres grandes funciones jurídicas del Estado: la función legislativa, la función administrativa y la función jurisdiccional.

El Estado ejerce la función legislativa, cualquiera que sea el órgano que intervenga, siempre que hace un acto-regla, siempre que formula una disposición normativa. El Estado ejerce la función administrativa siempre que cumple un acto-condición o un acto subjetivo, o cuando sus agentes proceden, para asegurar el funcionamiento de un servicio público, al cumplimiento de actos puramente materiales. En fin, por la función jurisdiccional el Estado resuelve una cuestión de derecho que le ha sido planteada.

Con ligeras variantes, las ideas del profesor Duguit han dominado en Francia durante casi toda la primera mitad del presente siglo, y se caracterizan, como queda expuesto, por la concepción material de la administración y demás funciones jurídicas del Estado, con prescindencia de los elementos formales u orgánicos, y por el carácter preponderante conferido al servicio público al examinar la organización del Estado.

Roger Bonnard define así la función administrativa: Es la

función del Estado que consiste en cumplir, en vista del funcionamiento de los servicios públicos, atribuciones de situaciones generales, creaciones de situaciones individuales y efectos materiales, por medio de actos-condición, actos subjetivos y actos materiales. No basta, según el nombrado autor, para caracterizar la función administrativa, decir que es la función que trata de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, sino que es preciso agregar la idea de los actos por medio de los cuales realiza su objeto.

Para Gaston Jèze, "la principal misión de la administración es la de hacer funcionar los servicios públicos".

En los días que corren, la noción del servicio público atraviesa por una honda crisis en la doctrina francesa. Muchos autores opinan que la noción de servicio público no juega en la actualidad ningún papel real en el derecho administrativo francés. Es evidente que hoy no puede colocarse al servicio público en la base de todas las concepciones del derecho administrativo, como lo pretendieron los juristas de Burdeos, y que no todas las categorías de servicios públicos están sujetas hoy al mismo régimen jurídico. No obstante ello, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostiene la conveniencia de basar muchas de sus teorías en la expresada noción, y algunos de los más brillantes teóricos franceses de la hora actual afirman que la noción de servicio público continúa jugando en las materias administrativas "un papel esencial".[8]

III. DOCTRINA ITALIANA

6. *La finalidad y el interés público*

Desde la génesis del derecho administrativo italiano, en la primera mitad del siglo XIX, los conceptos de administración y derecho administrativo se califican por su finalidad. Los autores italianos señalan como propósitos de la administración, la satisfacción de los *intereses públicos* y la *conservación del derecho.* Finalidad e interés público son, según observa el profesor Moles, las notas dominantes en el derecho administrativo en Italia. En

8. *André de Laubadère. Traité élémentaire de Droit administratif,* Paris, 1953. Nº 1.056.

opinión de Orlando, la administración es la actividad del Estado para realizar sus fines. Un autor más moderno, Guido Zanobini, profesor titular de la materia en la Universidad de Roma, define la administración como "la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata los intereses públicos que toma a su cargo para el cumplimiento de sus fines".[9] En dicha definición se afirma que, con la administración, el Estado satisface los intereses públicos "de un modo inmediato", lo que no puede decirse de la legislación ni de la jurisdicción. Como consecuencia del carácter de "inmediatividad", ya señalado, la administración es calificada de "actividad práctica", por cuanto añade al elemento psíquico de la voluntad, el elemento material de la actividad práctica, de la actividad que obra efectos en la realidad exterior. Por otra parte, expresa Zanobini que son caracteres propios de la administración, aunque no esenciales y, por lo tanto, no se los comprende en la definición, los siguientes: el *carácter concreto,* la *espontaneidad* y la *discrecionalidad.* El carácter concreto de la actividad administrativa se contrapone especialmente al carácter general y abstracto de la función legislativa, pues el acto administrativo debe atender a casos particulares y determinados, adaptándose a las diversas situaciones de hecho. La espontaneidad, en cambio, distingue a la administración de la función jurisdiccional, pues "el juez no puede, en ningún caso, dar lugar a que se inicie un juicio por iniciativa propia: el proceso se inicia siempre a requerimiento de otra voluntad". La legislación y la administración, en cambio, son funciones que entran en ejercicio por determinación espontánea de los órganos respectivos. Respecto a la *discrecionalidad,* según Zanobini, es típica de la función administrativa, e indica una limitada libertad de elección y decisión al tomar medidas propias en determinada función. En tanto que en el ejercicio de la función legislativa la libertad mencionada es amplísima, por el contrario, en la función jurisdiccional esa libertad falta por completo, ya que el juez no cumple un acto propio de voluntad, sino que se limita a aplicar la voluntad de la ley en el caso concreto.[10]

9. Guido Zanobini. *Corso di diritto amministrativo,* Milano, 1954. Vol. I, p. 13.
10. Guido Zanobini, *Corso di diritto amministrativo,* Milano, 1954. Vol. I. pp. 13 y ss.

CAPITULO II

EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA ANTITESIS ENTRE DERECHO PUBLICO Y EL DERECHO PRIVADO. DEFINICION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. SUS RELACIONES CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO Y CON LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACION

7. *Derecho público y derecho privado*

Antes de examinar las definiciones de derecho administrativo, conviene referirnos al derecho público, del cual forma parte.

Desde el período clásico del derecho romano se conoce la distinción entre el derecho público y el derecho privado. Entre las definiciones dadas por los juristas romanos se recuerda principalmente la de Ulpiano, expresada en el *Digesto:* "ius publicum est quod ad statum rei romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem". Reposa, pues, dicha distinción, en el concepto de diferente utilidad, para la república o para los individuos, de las distintas normas jurídicas.

Entre los autores modernos han surgido opositores a la división tradicional del derecho en público y privado. En opinión de Kelsen, la antítesis entre derecho público y privado es funestísima y ha favorecido la irrupción de la política en la teoría del derecho. Agrega el ilustre jurista: "Si bien esta antítesis constituye la médula de toda sistemática teórico-jurídica, es sencillamente imposible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre el derecho público y el privado. Ciertamente cabe señalar determinados dominios jurídicos, calificados por su especial contenido, que se contraponen convencionalmente en calidad de "derecho público" al "derecho privado". Así, en el derecho público se incluyen el derecho político, el administrativo, el procesal, el penal, el internacional y el canónico (este último en tanto se refiere predominantemente a los anteriores do-

minios); todo el resto del derecho es derecho privado. *Pero si se pregunta por el fundamento de esta división, se entra de lleno en un caos de opiniones contradictorias.*[1]

Por su parte, Merkl sostiene que "todo lo que se dice de diferencias jurídicas entre ambos dominios son abortos de fantasías jurídico-naturales" y que "la diferenciación entre derecho público y privado carece de una nota diferenciativa jurídicamente relevante".[2]

Es indudable que los linderos existentes entre uno y otro sector son imprecisos; pero esto no es suficiente para negar la realidad de la diferenciación.

Si bien domina en la doctrina la tesis favorable a la oposición entre el derecho público y el privado, no hay acuerdo entre los autores en cuanto al criterio que constituye la base de la distinción. Se han dado, entre otras, las siguientes explicaciones:

1ª. Teoría del *interés*. Es la teoría tradicional, acorde con la fórmula de Ulpiano, anteriormente expresada, según la cual, la naturaleza del interés tutelado por la norma jurídica determina su ubicación en el derecho público o en el derecho privado. Las normas protectoras del interés general son de derecho público; y las protectoras del interés individual, de derecho privado. Se ha objetado a esta teoría que la finalidad del derecho es siempre el interés general, aun cuando toma en cuenta los intereses particulares. No por el hecho de ser dictada la norma jurídica con el propósito de atender al interés de la colectividad, deja por ello de servir al interés del individuo.

2ª. Teoría de *la naturaleza de la relación jurídica* regida por la norma. Kelsen, al rechazar esta teoría, la denomina "teoría del mayor valor del derecho público". Según esta concepción, las reglas de derecho pueden crear entre las personas dos clases de relación: de coordinación o de subordinación. Existen las primeras siempre que las personas a quienes se aplica se hallan en un plano

1. Hans Kelsen, *Teoría General del Estado,* México, 1951, p. 105.
2. Adolfo Merkl, *Teoría General de Derecho Administrativo,* Madrid, 1935, p. 113.

de igualdad; existen las segundas, por el contrario, cuando no hay igualdad ntre las personas regidas por la norma, sino preeminencia o superioridad de un sujeto sobre otro. Es, pues, de derecho privado, la relación que existe entre sujetos coordinados, colocados todos en un mismo plano; y de derecho público, la relación que implica la subordinación del individuo al poder público del Estado o de alguna de las entidades estatales menores. Se objeta que no siempre en el derecho público aparece la situación de desigualdad, como puede apreciarse en las relaciones contractuales entre dos o más Estados soberanos, en las cuales domina el principio de la igualdad jurídica de los Estados; e igualmente en los vínculos jurídicos contractuales creados entre dos o más Estados de una unión federal, o entre dos municipios o dos institutos autónomos.

3ª Teoría basada en *la calidad de las personas* a que se contrae la norma. Para algunos autores, son de derecho público las reglas de derecho destinadas a regular las relaciones jurídicas en las cuales aparece el Estado o una de las entidades estatales menores. El derecho público es, pues, según esta teoría, el derecho del Estado y de sus insituciones auxiliares. En cambio, son de derecho privado todas las disposiciones que regulan las relaciones entre particulares. Cierto es que el Estado y demás personas administrativas realizan ciertas operaciones patrimoniales en las mismas condiciones en que lo hacen los particulares, y en tal caso se someten a las normas del derecho privado. Para expresar, pues, con exactitud, el fundamento de la distinción es necesario precisar que integran el derecho público las normas de derecho reguladoras del Estado y demás entidades estatales, considerados como sujetos investidos de supremacía.[3] A nuestro parecer, esta es la explicación más correcta de la oposición o antítesis entre el derecho público y el derecho privado. Vemos, pues, que forman parte del derecho privado todas las disposiciones del derecho de familia, muchas de las cuales son de orden público y, por lo tanto, inderogables por convenios particulares, pero destinadas únicamente a regir relaciones entre particulares, y, asimismo, las normas dirigidas a regular los actos y contratos de carácter patrimonial, civiles y mercantiles, ya sean realizados por particulares o empresas privadas, ya in-

3. Guido Zanobini, *Corso di diritto amministrativo,* Milano, 1954, Vol. I, p. 26.

tervengan en ellos entidades estatales, actuando en las mismas condiciones de los particulares. En cambio, todas las disposiciones y principios concernientes a la organización y funcionamiento del Estado y demás entidades estatales, y a los contratos celebrados por esos mismos entes con vista a dar satisfacción al interés general, forman parte del derecho público.

8. *Ramas del derecho público*

El derecho público se subdivide a la vez en interno y externo.

Son ramas del derecho público interno: el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho penal, el derecho procesal, el derecho financiero, el derecho minero.

Son ramas del derecho público externo: el derecho internacional público y el derecho público eclesiástico.

9. *Definición del derecho administrativo*

Son disímiles las definiciones del derecho administrativo, pues varían según el criterio utilizado por cada autor

a) *Criterio legalista.* En sus orígenes, el derecho administrativo fue considerado como un conjunto de leyes administrativas que tienen por objeto la organización y la materia propia de la administración. Esta definición limita esta disciplina a la mera legislación positiva sobre los diversos y heterogéneos asuntos de la administración. Fue el criterio mantenido por los tratadistas del siglo pasado.[4]

b) *Criterio del poder ejecutivo.* Según este criterio, el derecho administrativo es el conjunto de normas reguladoras de la actividad del poder ejecutivo. Ciertamente el poder ejecutivo es el órgano administrador por excelencia; pero no toda la función administrativa es ejercida exclusivamente por él, ni toda la actividad del ejecutivo es puramente administrativa. Basta observar que cuerpos legislativos participan en el ejercicio de la función administrativa cuando discu-

4. Posada Herrera, Batbie, Colmeiro y otros, citados por Recaredo de Velasco Calvo, *Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración,* Barcelona, 1950, T. I, p. 26.

ten y ancionan la ley de presupuesto, autorizan la negociación de empréstitos y la enajenación de bienes inmuebles de propiedad nacional, o aprueban los contratos de interés nacional, celebrados por el poder ejecutivo. Por otra parte, el poder ejecutivo cumple, no sólo actos de administración, sino también actos de mayor jerarquía, regidos por el derecho constitucional.

El criterio comentado fue expuesto por el maestro español Vicente Santamaría de Paredes, entre otros.[5]

c) *Criterio de los servicios públicos.* La escuela de Burdeos o escuela realista de derecho público, en la cual sobresalen Leon Duguit y Gaston Jèze, considera el derecho administrativo como el conjunto de reglas de derecho relativas a los servicios públicos.[6]

Ya hemos observado que el servicio público, aunque es una de las más importantes instituciones regidas por nuestra disciplina no se estima hoy el objeto único del derecho administrativo, por lo cual dicha definición resulta insuficiente.

d) *Criterio de disciplina referente a la administración.* El derecho administrativo, según Adolfo Merkl, constituye una sección del total orden jurídico que se refiere a la administración. De acuerdo con el concepto de administración propuesto por dicho autor, el derecho administrativo se presenta como aquella fracción del orden jurídico que ha de ser aplicada por órganos administrativos, esto es, órganos ejecutivos con derecho a dar instrucciones u obligados a obedecerlas. Si trasponemos, expone el mismo autor, la definición de lo orgánico a lo funcional, se podrá definir el derecho administrativo como suma de normas jurídicas que regulan aquella actividad ejecutiva condicionable por instrucciones.[7]

A estas definiciones podría hacerse la objeción ya expresada, de que no toman en cuenta la participación de los órganos legislativos en numerosos actos de la administración.

5. Vicente Santamaría de Paredes, *Curso de derecho administrativo,* Madrid, 1914, p. 33.
6. Gaston Jèze escribió: "El derecho administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos". Véase: *Principios Generales de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 1948, t. I, p. 1.
7. Adolfo Merkl, *ob. cit.,* p. 106.

e) *Criterio nuestro.* Dijimos en el capítulo anterior que el derecho administrativo es la rama del derecho público interno que tiene por objeto el régimen jurídico de la administración. Expusimos tal concepto con carácter provisional, para significar la importancia de la noción de administración en el curso de esta disciplina. Pero es necesario precisar más el concepto. A nuestro parecer, puede ser definido el derecho administrativo como *la rama del derecho público interno que comprende las normas del ordenamiento jurídico positivo y los principios teóricos y jurisprudenciales aplicables a la estructura y funcionamiento de los órganos de la administración y al ejercicio de la función administrativa.*[8]

La anterior definición contiene el género próximo y la diferencia específica, esto es, la indicación de que el derecho administrativo es rama del derecho público interno, y la expresión del contenido propio de esta disciplina, que la distingue de las ramas restantes de éste. Agregamos que comprende las normas del ordenamiento jurídico positivo y los principios teóricos y jurisprudenciales, para evitar que se piense que es únicamente legislación positiva el objeto señalado; y, en fin, que esas normas y principios son reguladores de la administración, tanto en sentido orgánico, como en sentido material.

10. *Relaciones con el derecho constitucional*

El derecho constitucional es la rama del derecho público interno que tiene por objeto la organización de los poderes del Estado y el sistema de garantías de los ciudadanos mediante limitaciones del poder público.

Las normas de derecho administrativo, como en general, todas las reglas de derecho emanadas de los poderes constituidos, están subordinadas a los preceptos del derecho constitucional. El ejercicio de la función administrativa y el ordenamiento jurídico que la rige hallan sus limitaciones en la Constitución.

8. La definición dada coincide sustancialmente con la de Sayagués Laso, que es la siguiente: "Parte del derecho público que regula la estructura y funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa". Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo,* Montevideo, 1953, t. I, p. 21.

La subordinación del derecho administrativo al derecho constitucional es tan estrecha que en numerosos casos es difícil fijar el lindero entre uno y otro sector. Berthélemy enseña que los puntos de contacto entre ambas disciplinas son tan numerosos que no es posible llevar a cabo entre ellos una separación completa; y agrega: "Es en el derecho constitucional donde se encuentran las denominaciones de los capítulos del derecho administrativo; uno es el prefacio obligado del otro".

Se ha afirmado igualmente que la Constitución representa el momento estático en la vida del Estado; la administración, el momento dinámico.

El derecho administrativo desarrolla los principios del derecho constitucional, tanto en lo relativo a la parte dogmática, como en lo referente a la parte orgánica de la Constitución. Por eso, corresponden al derecho administrativo, el estudio de los principios y leyes concernientes al funcionamiento de los despachos del ejecutivo nacional, y a la creación, organización y funcionamiento de los institutos oficiales autónomos, así como todos los preceptos que se contraen al ejercicio y a las limitaciones de las garantías proclamadas en la Constitución.

La orientación de la vida administrativa parte del derecho constitucional. De acuerdo con los rumbos trazados por el Constituyente, habrá de desenvolverse el ejercicio de la función administrativa.

En el curso del presente siglo se ha operado el fenómeno denominado "la constitucionalización del derecho administrativo", que consiste en que el Constituyente ha agregado al texto constitucional, con el propósito de darles mayor estabilidad, principios y reglas que no tienen carácter fundamental en la organización del Estado, sino que rigen principalmente la actividad de las instituciones y, por ello, son propiamente, una parte del derecho administrativo incorporada a la Constitución.

11. *Relaciones del derecho administrativo con el derecho penal*

El derecho penal es la rama del derecho público interno referente a los hechos punibles y a las sanciones que han de imponerse por la perpetración de éstos. En síntesis, es la rama del derecho relativa a los delitos y las penas.

Los puntos de contacto entre el derecho administrativo y el derecho penal, pueden resumirse así:

a) El derecho penal sanciona una serie de delitos cometidos con motivo del ejercicio de la función administrativa. Por ejemplo, el Código Penal venezolano consagra el Título III del Libro Segundo, a los delitos contra la cosa pública, entre los cuales figuran: el peculado, la concusión, la corrupción de funcionarios, la usurpación de funciones. El concepto de administración pública y de los servicios públicos, dominio público y otros similares, corresponden al derecho administrativo, y son de absoluta necesidad para la recta administración de justicia en lo tocante a los juicios instaurados con motivo de la comisión de esos delitos.

b) La aplicación de las penas es función administrativa. Dictada sentencia firme condenatoria, los jueces pasan copia del fallo al poder ejecutivo a quien corresponde la ejecución de la condena impuesta, según las normas establecidas en una ley de carácter administrativo: la ley de Régimen Penitenciario. Todo lo concerniente al funcionamiento de Penitenciarías y Cárceles es parte de la administración, y por eso está sujeto al derecho administrativo.

12. *Relaciones del derecho administrativo con el derecho financiero*

Ha sido materia de discusión si el derecho financiero constituye una disciplina autónoma, o sólo un capítulo del derecho administrativo. Prevalece en la actualidad la tesis de la autonomía, no sólo didáctica, sino también jurídica, del derecho financiero. Puede ser definido como la rama del derecho público interno que regula los ingresos del Estado, los gastos públicos y su modo de inversión. Sus relaciones con el derecho administrativo son estrechas,

ya que los órganos y las formas de aplicación de las leyes financieras son de carácter administrativo. Todos los principios sobre autarquía, centralización, responsabilidad, función pública, referentes a la organización y actividad financiera, son del dominio del derecho administrativo.

13. *Relaciones del derecho administrativo con el derecho minero*

Igualmente el derecho minero ha sido considerado por algunos autores, un capítulo del derecho administrativo. En efecto, entre nosotros, hasta el año de 1940, el estudio de la legislación de minas e hidrocarburos formaba parte del programa del derecho administrativo. Dada la extraordinaria importancia que en la vida pública de Venezuela han adquirido las operaciones ligadas con los hidrocarburos y minas metálicas, el derecho de minería ha adquirido autonomía, y se ha desprendido del derecho administrativo.

El derecho minero es, pues, la rama del derecho público interno que comprende "el conjunto de principios y preceptos jurídicos relativos a la materia minera". En cuanto a las relaciones con el derecho administrativo, escribe el doctor Ezequiel Monsalve Casado: "Nos referimos a que, a pesar de constituir el régimen legal de las minas un régimen autónomo y quizás por la naturaleza de público, está estructurado por el derecho administrativo".

14. *Relaciones del derecho administrativo con el derecho procesal*

El derecho procesal comprende el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado. Se discute entre los autores acerca de la unidad o dualidad del derecho procesal. Esta discusión versa acerca de si conviene o no uniformar en una sola disciplina las normas relativas al proceso civil, y a las que conciernen al derecho penal.

Ahora bien, además de los litigios de carácter civil y penal, existen las controversias administrativas, esto es, los litigios que tienen su origen en los actos de la administración. Se entiende por

materia contencioso-administrativa el conjunto de preceptos jurídicos que rigen la solución por la vía jurisdiccional, de los litigios administrativos. Tradicionalmente la materia contencioso-administrativa ha sido considerada parte del derecho administrativo. Entre los autores más recientes tiende a prevalecer la tesis según la cual el contencioso-administrativo es una manifestación del fenómeno procesal aplicado a la administración y, por consiguiente, deben ser incluidos en su estudio los conceptos de la ciencia procesal. Esta nueva corriente de doctrina coloca al lado del derecho procesal civil y del derecho procesal penal, el derecho procesal administrativo.[9]

15. *Relaciones del derecho administrativo con el derecho civil*

Existen materias que son objeto de común estudio del derecho administrativo y del derecho civil, principalmente el régimen de las personas jurídicas y el de los bienes del dominio público. Además, en el período de formación del derecho administrativo, éste constituía un derecho de excepción frente al derecho civil, esto es, que a falta de disposición expresa de la ley administrativa, las cuestiones surgidas con motivo de la actividad de la administración se regían por el derecho civil. Posteriormente el derecho administrativo ha adquirido autonomía; pero esto no impide que una parte de la actividad administrativa, aquella relacionada con actos y contratos propios de los particulares, en los cuales intervienen las entidades públicas a semejanza de un particular, esté regida por normas de derecho privado civil y mercantil, según sea el caso, sin perjuicio de la aplicación de ciertos preceptos de derecho público.

16. *Relaciones del derecho administrativo con la ciencia de la administración*

No hay acuerdo entre los autores acerca de la autonomía de la ciencia de la administración, esto es, si esta disciplina debe

9. Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo,* Madrid, 1955, t. I, pp. 480 y ss.

estudiarse separadamente, o si, por el contrario, es parte esencial del derecho administrativo.

Los partidarios de la autonomía, esto es, del estudio separado, consideran que la ciencia de la administración tiene por objeto el estudio de la organización y acción administrativas, en tanto que el derecho administrativo, el del régimen jurídico aplicable a éstas.

Bielsa, el notable profesor argentino, es partidario de la autonomía de la ciencia de la administración. Para este autor, la política señala los fines del Estado; la ciencia de la administración, los modos o medios que la administración debe emplear para alcanzar dichos fines; y el derecho administrativo, los principios jurídicos que regulan en su aplicación concreta esos modos o medios por los cuales el Estado realiza los fines de su política.[10]

Se ha afirmado también que la ciencia de la administración tiene un contenido técnico, mientras que el derecho administrativo tiene un contenido jurídico.

En verdad, teóricamente es indiscutible el distingo entre principios técnicos y normas jurídicas; pero en la práctica es difícil mantener la separación absoluta entre las dos disciplinas.

10. Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 3ª edición, t. I, pp. 8 y ss.

CAPITULO III

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA LEY

17. *Cuadro de las fuentes jurídico-administrativas*

Entendemos por fuentes del derecho las diferentes maneras como se establecen las reglas jurídicas.[1]

Estas maneras o procedimientos de elaboración son casi siempre los mismos para todas las ramas del derecho; pero existe en cada disciplina la preponderancia de uno u otro.

Son fuentes de derecho administrativo: 1º) La Constitución; 2º La Ley; 3º) El tratado; 4º) El reglamento; 5º) El decreto-ley; 6º La costumbre; 7º) La jurisprudencia; 8º) La doctrina.

La Constitución contiene cierto número de disposiciones que interesan a la acción administrativa y se imponen a ella. En la Constitución se halla generalmente la génesis de las instituciones administrativas. Además, las disposiciones constitucionales ejercen influencia determinante en todo el derecho administrativo, circunstancia que se ha hecho notoria en el curso del presente siglo, en vista del fenómeno de la constitucionalización del derecho administrativo, o sea, el hecho de que en varias Constituciones, entre otras, en la nuestra, se han incorporado principios que no son de derecho constitucional, sino de derecho administrativo. Por todas esas razones, la Constitución debe ser admitida como fuente jurídico-administrativa; pero siendo materia ampliamente examinada en el curso de derecho constitucional, no consagraremos un desarrollo especial a la Constitución.

18. *La Ley*

Según el concepto tradicional, que remonta a la antigüedad griega, la ley es una regla de derecho de aplicación general. Aris-

1. Planiol y Ripert. *Traité Elémentaire de Droit Civil,* t. I, p. 108.

tóteles enseña que "la ley siempre dispone por vía general y no prevé los casos accidentales". Papiniano, entre los jurisconsultos romanos, da la siguiente definición: "Lex est commune praeceptum". En la Edad Media, Santo Tomás de Aquino enseña que "la ley es una especie de regla y medida de los actos, por cuya virtud es uno reducido a obrar o apartado de la operación", y sintetiza en los siguientes términos su concepto de Ley: "Se puede resumir la definición de la ley, diciendo que no es otra cosa que un ordenamiento de la razón en vista de bien común, promulgada por aquel a quien corresponde el cuidado de la comunidad". Rousseau afirma en *El Contrato Social,* que el objeto de las leyes es siempre general, que las leyes consideran a los ciudadanos en cuerpo y las acciones en abstracto, jamás el hombre como individuo ni la acción en particular; sostiene, por otra parte, que las leyes "son actos que emanan de la voluntad general"; y, en fin, que "la ley reúne la universalidad de la voluntad y del objeto". De esas transcripciones se desprende que Rousseau mantiene el concepto tradicional de lo general como signo distintivo de la ley, aunque advierte que ese carácter general no se limita al objeto, sino que se extiende a su origen, por cuanto la ley debe ser la expresión de la voluntad general.

19. *Controversia doctrinaria sobre el concepto de ley*

No están acordes los autores modernos sobre el concepto de ley y su definición.

Procuraremos resumir a continuación los diversos criterios expuestos a ese respecto:

a) *Criterio exclusivamente formal.* Corresponde a aquellos autores que toman en cuenta la cualidad del autor y el procedimiento observado para la elaboración del acto, pero no el contenido de éste. Conforme a esta manera de ver las cosas, se entiende por ley toda decisión adoptada por el cuerpo legislativo, según los trámites establecidos para esos efectos por la Constitución, cualquiera que sea su contenido. Admitido este criterio, tienen categorías de leyes, tanto los actos creadores de situaciones jurídicas generales, im-

personales y objetivas, como los actos creadores de situaciones jurídicas individuales y subjetivas, siempre que unos y otros procedan del órgano legislativo, y hayan recorrido la trayectoria prevista en la Constitución para la formación de las leyes.

Quienes se colocan en este punto de vista sostienen que la ley no puede definirse de un modo completo sino mediante un elemento formal. "En el Estado moderno —escribe Carré de Malberg— no solamente se caracteriza la ley como la decisión de un órgano legislativo distinto de la autoridad administrativa, sino que también lo que ha contribuido particularmente a que se la considere como estatuto superior es la especial naturaleza y la cualidad propia del órgano que la formó" (Carré de Malberg. *Teoría General del Estado,* número 117).

El ya nombrado profesor Carré de Malberg, en su citada obra, publicada en 1920, ha desarrollado con brillantez el punto de vista exclusivamente formal, y cuenta con numerosos adeptos a su tesis.

b) *Criterio basado en los puntos de vista formal y material.* La doctrina dominante entre los autores modernos es aquella que a un tiempo toma en cuenta la cualidad del autor y el procedimiento observado para forjar el acto, y además, los caracteres internos del acto, esto es, su contenido.

Se afirma que en la ley podemos hallar dos elementos: un elemento material, relacionado con el contenido o caracteres internos, que ha de consistir en ser acto creador de reglas generales de derecho; y un elemento formal, referente a la forma, o lo que es igual, al órgano y a los trámites esenciales requeridos para la formación de esos actos.

Los sostenedores de este punto de vista consideran que ambos elementos —el elemento material y el elemento formal— son esenciales en toda ley propiamente dicha. Estas pueden ser definidas como los actos emanados de las Cámaras Legislativas, dictados conforme al procedimiento especial previsto en la Constitución, y que tengan por objeto la formulación de reglas de derecho, o bien, como "la regla de derecho, general e impersonal, formulada por

las dos Cámaras y promulgada por el Presidente de la República" (Definición dada por Gaston Jèze). (*Principios Generales de Derecho Administrativo.* Tomo I, p. 33).

De esta concepción surge la distinción de leyes en el sentido formal y de leyes en el sentido material, establecida por gran número de tratadistas alemanes y franceses, y admitida generalmente entre los autores hispanoamericanos.

Se denominan leyes formales aquellas que poseen el elemento formal, poco importa que su contenido sea general o particular. Así, se afirma corrientemente que los impuestos sólo pueden crearse mediante ley formal, e igualmente que las concesiones ferrocarrileras deben ser aprobadas por ley formal. En el primer caso, ley creadora de un impuesto, tiene un contenido material; en el segundo, ley aprobatoria de una concesión ferrocarrilera, carece de contenido material, ya que es una decisión de carácter particular.

Se denominan leyes materiales, aquellas que poseen el elemento material, esto es, que crean situaciones generales y objetivas, tengan o no el elemento formal. Son leyes de esta naturaleza: el Código Civil, el Código Penal, la Ley de Registro Público, la Ley de Reforma Agraria, la Ley de Regulación de Alquileres, emanadas todas ellas del Congreso, e igualmente, los reglamentos dictados por el poder ejecutivo.

Otto Mayer, en su famosa obra *Derecho Administrativo Alemán,* afirma que en el derecho moderno, la función legislativa está integrada por la concurrencia de dos elementos: el elemento material, o sea, el establecimiento de reglas generales y obligatorias para los individuos, de reglas de derecho; y el elemento formal, o sea, que esas reglas han de ser establecidas por el cuerpo representativo de la colectividad. Mayer enseña que la forma constitucional destinada a producir la ley-regla de derecho puede servir para la realización de actos individuales, caso en el cual el acto se llamará también "ley" por la forma seguida para emitirlo; pero en él se reconocen fácilmente los signos característicos del acto administrativo, de un acto mediante el cual la representación nacional participa en la administración. Expresa el mismo jurista

que por otro lado, la palabra "ley" sirve igualmente para designar toda suerte de reglas de derecho, cualquiera sea su fuente, aun las que surgen de una ordenanza (reglamento). El nombrado maestro opina que no son leyes los actos administrativos emitidos en forma de ley ni las reglas de derecho dictadas por las autoridades administrativas. Unos y otras son actos de administración. La legislación supone siempre la creación de una regla de derecho por el cuerpo representativo de la soberanía nacional.

La opinión de Mayer coincide con la de Rousseau, anteriormente expuesta, pues ambos requieren, para la formación del concepto de ley, la unión del elemento formal con el elemento material.

Quien con mayor énfasis ha sostenido en Francia el criterio de la distinción entre leyes materiales y leyes formales ha sido Leon Duguit. Para el promotor de la escuela de Burdeos, desde el punto de vista formal es ley toda decisión emanada del órgano que, según la Constitución del país considerado, tiene el carácter de órgano legislativo. Y aclara así su concepto: "Desde luego es ley formal toda disposición y solamente la disposición que es votada por el Parlamento y promulgada por el Presidente de la República, cualesquiera que sean el carácter interno y el objeto de esta disposición". Desde el punto de vista material, Duguit entiende por ley todo acto que posea en sí el carácter intrínseco de ley, y esto independientemente del individuo o del cuerpo que hace el acto; es el acto legislativo "según su naturaleza propia, que puede ser al mismo tiempo una ley formal, pero que también puede no serlo, que muy a menudo no lo es". (*Traité de Droit Constitutionnel*. Tomo I, pp. 160 y 161).

c) *Criterio de Laband y Jellinek sobre la ley.* Los grandes juristas alemanes Laband y Jellinek proclaman la distinción de las leyes en formales y materiales, pero sobre un fundamento muy diferente al que se acaba de exponer.

Según Laband y Jellinek, la ley material es toda decisión que cree "un derecho nuevo" con fuerza obligatoria, esto es, una decisión que establezca para el Estado o para los individuos derechos

y obligaciones no contenidos hasta entonces en el orden jurídico existente. Una disposición que modifique la esfera jurídica del Estado o de un individuo, aunque fuere sobre un punto particular, es una ley material, porque modifica el orden jurídico existente y contiene verdaderamente una regla de derecho. Laband expone: "El derecho consiste en limitar los derechos y deberes mutuos de los individuos". Jellinek a su vez, dice: "Para que una prescripción sea una ley material es necesario que cree derecho nuevo, que funde, para el Estado o para los súbditos derechos o deberes hasta entonces no contenidos en el orden jurídico vigente"; y también: "Si una ley tiene por objeto directo el delimitar la esfera de libre actividad de las personas en sus relaciones mutuas, contiene por lo mismo una regla de derecho y, por lo tanto, es una ley material; si no, es únicamente una ley formal". Los mismos autores agregan que el derecho supone esencialmente una potestad ejercida por el Estado sobre personas distintas de sí mismo; por eso, las prescripciones por las cuales el Estado regula su propia actividad, sin que de ello resulte para los individuos ninguna modificación en su situación jurídica, no son reglas jurídicas y, por consiguiente, al faltarles el fondo jurídico, no pueden constituir leyes materiales, aunque hubieran sido dictadas en forma de leyes.

Como se ve, en concepto de los nombrados autores, ley material es aquella que crea derecho nuevo, esto es, que modifica el orden jurídico existente, aunque lo sea mediante decisiones particulares, y que, además, se refiere a derechos o deberes de los individuos entre sí o de ellos mismos en relación con el Estado, pero no la que regula internamente la actividad del Estado. Las decisiones públicas que no llenan tales condiciones no son leyes materiales; y si revisten la forma propia de los actos legislativos, sólo son leyes formales.

20. *Generalidad de la ley*

Según el concepto tradicional, antes expuesto, la generalidad es un signo distintivo de la ley, un elemento esencial de la noción de "ley".

La generalidad de la ley consiste en que las disposiciones que contiene rigen a un número indeterminado de personas, esto es, a todas aquellas que se encuentran en las condiciones de hecho previstas en el texto regulador. Fue el concepto expresado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "la ley es la misma para todos".

Se ha considerado frecuentemente que el carácter general de la ley es un corolario del precepto de la igualdad jurídica, proclamado en las constituciones de los regímenes democráticos, y que es enunciado en Venezuela en el preámbulo de la Constitución.

Para Duguit y sus seguidores, la generalidad es el carácter esencial de la ley, el cual reposa sobre un doble fundamento: racional e histórico. El carácter de generalidad les parece la consecuencia lógica de la idea que generalmente se forma de la ley; la regla de derecho es la regla de conducta de los hombres que viven en sociedad: es general, porque se aplica a todos los hombres y a todas las circunstancias de la vida social. La ley es la regla de derecho formulada por el Estado, mas no por ser formulada por él puede cambiar de carácter; por el contrario, la regla de derecho, al ser formulada como ley, continúa siendo lo que es en realidad, esto es, una regla general. Por otra parte, la generalidad es la razón misma de ser de la ley, y precisamente porque se ha concebido siempre la ley como una regla general, es por lo que se ha constituido históricamente la función legislativa. (Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel.* Tomo II, pp. 172 y 173).

Laband y Jellinek, por el contrario, niegan que la generalidad sea un carácter esencial de la ley. Para ellos, la verdadera virtud de la ley no deriva tanto de la generalidad como del hecho de que emane de una autoridad superior. Lo indispensable es que la autoridad administrativa no pueda modificar las decisiones contenidas en una ley, ni siquiera por vía de regla general. Reconocen que gran número de leyes formulan reglas generales, puesto que la mayoría de las situaciones consideradas por las leyes son de tal naturaleza que suelen reproducirse. En fin, sostienen que en la naturaleza de la ley está el estatuir *generaliter* para un número

indeterminado de casos; pero aunque la generalidad sea habitual en la regla, no es indispensable.

Kelsen, Merkl y demás integrantes de la escuela vienesa, se oponen vigorosamente a la tesis de la generalidad como signo distintivo de la ley. Para esta escuela, todo imperativo jurídico, todo "deber ser" constituye una regla de derecho, ya provenga de una disposición de alcance general, o bien, de un acto individual, tal como un contrato. Lo importante para ellos es que la norma individual es de la misma esencia que la norma general.

De allí se desprende que la regla de derecho puede ser general o individual.

Carré de Malberg afirma que, lejos de caracterizarse por su generalidad, la ley, en la acepción constitucional de la palabra, tiene, por el contrario, como uno de sus principales caracteres, el de poder derogar, por vía de disposición particular, las reglas generales vigentes.

Las construcciones doctrinarias de los nombrados autores se basan principalmente en el derecho positivo imperante en sus respectivos países. En los puntos de vista sostenidos por Duguit y Carré de Malberg, diametralmente opuestos, cada uno sostiene que su doctrina se apoya en las leyes constitucionales de 1875, que rigieron la vida pública en Francia durante la Tercera República (1875-1940), período durante el cual ambos escribieron sus obras. La brevedad de esas leyes constitucionales permitía diversas interpretaciones.

Al jurista venezolano corresponde indagar, cuál es el concepto de la ley que se desprende de nuestra legislación positiva, y si en ella aparece o no el carácter de generalidad como elemento esencial de la definición de la ley. Seguidamente abordaremos estos puntos.

21. *Concepto de ley en el derecho venezolano*

Tradicionalmente la Constitución venezolana ha dividido en leyes y acuerdos, los actos emanados del Congreso: se denominan leyes los actos sancionados por las Cámaras actuando como cuerpos

colegisladores, y acuerdos, los actos sancionados por las Cámaras en sesión conjunta, o separadamente sobre asuntos privativos de cada una. El artículo 162 de la Constitución en vigor, sin hacer mención de los acuerdos, expresa lo siguiente:

"Artículo 162. Los actos que sancionen las Cámaras como cuerpos colegisladores se denominarán leyes. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia podrán denominarse Códigos".

La definición de la ley, contenida en la citada disposición, se ha hecho, evidentemente, desde el punto de vista puramente formal.

Por lo tanto, en nuestro país, son leyes todas las decisiones que emanan de las Cámaras Legislativas, según el aludido procedimiento, no importa cuál sea su contenido. Así, pues, entre nosotros, sin leyes: 1º) Los códigos nacionales, y en general, todas las normas reguladoras que dicta el Congreso sobre las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional; 2º) Los actos del Congreso en virtud de los cuales se autorizan empréstitos, se aprueban contratos de interés nacional o acuerdos internacionales.

Está fuera de duda que por imperativo del artículo 162 de la Constitución, todos los actos antes mencionados reciben la calificación de leyes. ¿Pero hay lugar en el sistema de derecho positivo venezolano, a distinguir dos categorías de leyes, esto es, a llamar leyes propiamente dichas a los actos normativos, y leyes meramente formales a las decisiones mediante las cuales participa el poder legislativo en los actos de administración?

Hay algo que no puede negarse: es la diferencia de naturaleza intrínseca entre unas y otras leyes: las primeras crean reglas de modo abstracto; las segundas contemplan situaciones particulares y concretas. Sobre los acuerdos internacionales, cabe a la vez hacer una distinción, pues entre ellos, algunos tienen contenido normativo, y otros no.

La distinción tiene, pues, valor teórico, y al mismo tiempo

ofrece utilidad práctica, como medio para resolver importantes problemas de derecho público.

Se ha observado que la "nota de generalidad es un tanto problemática y difícil de precisar", y como ejemplo de esa dificultad, se ha planteado la cuestión de saber si es o no de carácter general una ley que crea una institución bancaria o que determina la organización de una empresa de índole semimercantil.[2]

No creemos que exista problema alguno en determinar si una disposición legislativa tiene o no el carácter de generalidad, pues para responder afirmativamente, basta que la disposición sea aplicable a un conjunto indeterminado de personas: a todas aquellas que se encuentran en las condiciones de hecho previstas en el texto regulador. Las leyes creadoras de instituciones bancarias del Estado y, en general, de institutos oficiales autónomos, y las que tienen por objeto regular la creación de empresas de economía mixta, contienen normas de aplicación general, respecto a las relaciones que han de surgir entre el público y esos organismos.

Puede, pues, afirmarse con seguridad que en nuestro derecho positivo el signo de la generalidad es de la naturaleza, pero no de la esencia de la ley. En forma más precisa, puede aseverarse que las leyes tienen un contenido general y abstracto, salvo en aquellos casos en que la Constitución o la ley autorizan al Congreso para adoptar, siguiendo el procedimiento pautado para la formación de las leyes, decisiones que no revistan aquellos caracteres.

No podría el Congreso, fuera de los casos previstos en el texto expreso de la Constitución, o la ley, emitir en forma legislativa, decisión sobre asuntos particulares y concretos. Esto se debe a que, entre nosotros, los poderes del cuerpo legislativo están limitados por la Carta Fundamental y por las propias leyes dictadas por él, y sus actos quedan sujetos a unas y otras normas. Las cosas ocurren de manera muy distinta en algunos países de régimen parlamentario en los cuales se ha hablado de la omnipotencia del

2. Véase: J. Sánchez Covisa, *La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano*, p. 26.

Parlamento, en el sentido de que no existe recurso alguno para impugnar los actos del Parlamento, una vez promulgados. En cambio, en Venezuela el Congreso no es omnipotente: basta observar que la Corte Suprema de Justicia tiene competencia para declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los cuerpos legislativos por colisión con la Constitución.

No tendría validez una ley que dictara el Congreso mediante la cual concediera a alguien una pensión civil o militar, ni tampoco aquella en la cual se acordaran ascensos a oficiales de las fuerzas armadas, porque en ambos casos, las decisiones corresponden al Poder Ejecutivo y no al Legislativo. Si el Congreso dictara semejantes leyes, su nulidad podría ser declarada por la Corte Suprema de Justicia, por usurpación de atribuciones. Se advierte que en lo tocante a ascensos, la única intervención del órgano legis'ativo consiste en la atribución del Senado, de autorizarlos, desde Coronel o Capitán de Navío, inclusive; pero es el Ejecutivo quien los concede.

Existe interés práctico en nuestro sistema de derecho positivo, en proclamar que la decisión particular emitida en forma de ley es, en el fondo, un acto de administración. En efecto, conforme al principio de legalidad, que domina el ejercicio de la función administrativa, las decisiones administrativas individuales están subordinadas a las reglas generales preestablecidas; por eso, el Congreso está en el deber de sujetarse a las leyes vigentes cuando estatuye a título particular. El Congreso tiene la potestad de derogar las leyes, y de reformarlas total o parcialmente; pero mientras una ley esté en vigor, debe acatarla, y no disponer nada en particular que la contraríe.

22. *La trayectoria legislativa*

El proceso formativo de una ley, cualquiera que sea su contenido, comprende las siguientes etapas: iniciativa, deliberación, sanción y promulgación.

La iniciativa de las leyes corresponde, en términos generales, tanto al órgano legislativo como al órgano ejecutivo. En efecto,

pueden presentar proyectos de ley: la Comisión Delegada del Congreso, las Comisiones Permanentes de cualquiera de las Cámaras, los Senadores o Diputados en número no menor de tres, y el Ejecutivo Nacional. La Constitución agrega que el derecho de iniciativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia, cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales; y también a un número no menor de veinte mil electores, identificados de acuerdo con la ley.

Cuando se trata de leyes aprobatorias de tratados, convenios o acuerdos internacionales, o de contratos de interés nacional, la iniciativa corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo. La facultad del Congreso se limita en tales casos a aprobar o improbar globalmente las convenciones celebradas al respecto por el Ejecutivo Nacional. Las leyes mediante las cuales el Congreso autorice al Poder Ejecutivo para contratar empréstitos, no podrán ser dictadas sino a solicitud del Ejecutivo Nacional.

Los proyectos de ley pueden ser presentados en cualquiera de las Cámaras. Por excepción, en el Senado deberá iniciarse la discusión de los proyectos de ley relativos a tratados y convenios internacionales; y en la Cámara de Diputados, la discusión del Presupuesto y de todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario.

La deliberación comprende por lo menos dos discusiones en cada Cámara, en días diferentes y en Cámara plena. Aprobado el proyecto en una de las Cámaras, pasará a la otra. Si ésta lo aprobare sin modificaciones, quedará sancionada la ley. Si lo aprobare con modificaciones, pasará a la Cámara de origen. Si la Cámara de origen aceptare dichas modificaciones, quedará sancionada la ley; en caso contrario, las Cámaras en sesión conjunta resolverán las discrepancias, y la Presidencia declarará sancionada la ley en la forma acordada por la mayoría. Aprobado un proyecto de ley en una Cámara, podrá serlo por la otra en una sola discusión cuando sea declarado de urgencia por las dos terceras partes de sus miembros. Sancionada la ley, se extenderá por duplicado, con la redacción final que haya resultado de la deliberación. Ambos ejemplares serán firmados por el Presidente, el Vicepresidente y

los Secretarios del Congreso, y llevarán la fecha de su definitiva aprobación.

La promulgación de la ley corresponde al Presidente de la República. Entre nosotros la promulgación se realiza, mediante la publicación de la ley, con el correspondiente "Cúmplase", en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela.*

El Presidente está en el deber de promulgar la ley dentro de los diez días siguientes a aquel en que la haya recibido, salvo el derecho de ejercer dentro de ese lapso, el derecho de veto, o sea, pedir al Congreso su reconsideración, mediante exposición razonada, a fin de que modifique algunas de las disposiciones de aquélla, o levante la sanción a toda la ley o a parte de ella. Si el veto presidencial fuera rechazado por simple mayoría de las Cámaras en sesión conjunta, el Presidente de la República podrá optar entre promulgar la ley o devolverla nuevamente al Congreso para una nueva y última reconsideración. En cambio, cuando la decisión de las Cámaras en sesión conjunta se hubiere adoptado por las dos terceras partes de los presentes, el Presidente de la República tendrá que promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones. Sin embargo, cuando el Ejecutivo haya alegado la inconstitucionalidad de la ley y las Cámaras hubieren rechazado el veto presidencial, el Presidente de la República podrá solicitar de la Corte Suprema de Justicia se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad alegada. Si la Corte negare la inconstitucionalidad invocada, o no decidiere dentro del término de diez días, el Presidente de la República deberá promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión de la Corte o al vencimiento del término.

La Constitución prevé el caso de que el Presidente de la República no promulgue la ley en los términos señalados; y en tales circunstancias autoriza al Presidente y Vicepresidente del Congreso para que procedan a su promulgación, la cual podrá hacerse, en este caso, en la *Gaceta Oficial de la República* o en la *Gaceta del Congreso.*

Los términos fijados para la promulgación no rigen cuando

se trata de las leyes aprobatorias de tratados, acuerdos o convenios internacionales. Estas leyes se promulgan en la oportunidad en que lo crea conveniente el Ejecutivo Nacional.

23. *Hegemonía de la ley*

En el ordenamiento jurídico de los Estados modernos la ley ocupa lugar de preeminencia.

Por eso, en la pirámide kelseniana, que describe el proceso escalonado de la producción de las normas, la legislación figura en el segundo rango, inmediatamente después de la Constitución. Administración y jurisdicción son actividades subiegales.

En algunos sistemas de derecho positivo se llega al extremo de considerar la ley "irrefragable", en el sentido de que "la voluntad del Estado, cuando tiene este origen, no puede válidamente ser anulada, modificada o privada de sus efectos por ninguna otra vía", según expresión de Otto Mayer.

En Venezuela no puede afirmarse el carácter de irrefragabilidad de la ley, en razón de estar consagrado en nuestro derecho el principio de la supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias, que impone límites al ejercicio de la potestad legislativa, y en virtud del cual las leyes pueden ser anuladas por la Corte Suprema de Justicia cuando se hallen en colisión con la Constitución.

24. *Reserva de la ley*

Existe un conjunto de materias respecto a las cuales el Poder Ejecutivo no puede dictar ninguna regulación sino con absoluta subordinación a la ley. Son materias con relación a las cuales existe una completa exclusión de toda iniciativa por parte del Poder Ejecutivo, y que están exclusivamente reservadas a la potestad del legislador. Para los otros casos, el Poder Ejecutivo queda libre; "obra en virtud de su fuerza propia y no en virtud de la ley", y puede, por lo tanto, dictar reglamentos autónomos o independientes para estatuir sobre esos otros casos. Otto Mayer ha llamado a esa

exclusión de la iniciativa del Ejecutivo, existente para objetos especialmente señalados", "la reserva legal" (Otto Mayer. *Ob. cit.* Tomo I, p. 98).

Conforme al sistema constitucional de los Estados modernos forman la reserva legal, entre otros objetos: la regulación del ejercicio de las garantías constitucionales; las reglas orgánicas de los órganos superiores del Estado; las reglas de carácter penal; las disposiciones mediante las cuales se crean impuestos y demás contribuciones.

Si se examina cuidadosamente la Constitución venezolana, podrá verse que dispone que sobre numerosas materias regirá lo que disponga la ley. Así, por ejemplo, en el título consagrado a los deberes, derechos y garantías, multitud de veces ordena la Constitución, al referirse a los límites o condiciones impuestas al ejercicio de un derecho, que serán establecidos por ley. También dispone (art. 224) que no podrá cobrarse ningún impuesto u otra contribución que no estén establecidos por ley, ni concederse exenciones ni exoneraciones de los mismos sino en los casos por ella previstos.

Dictada por el Congreso una ley sobre materia comprendida en la reserva legal, queda autorizado el Ejecutivo para reglamentarla. Así, por ejemplo, el Ejecutivo tiene la potestad de reglamentar la Ley del Trabajo, la Ley de Educación y la Ley de Aduanas, materias comprendidas en la reserva legal.

25. *La ley como fuente jurídico-administrativa*

Según la opinión dominante, no toda ley es fuente de derecho, es decir, no todas las decisiones del Congreso que hayan recorrido la trayectoria legislativa contienen reglas de derecho. Esta opinión no es compartida universalmente, y debe recordarse que, según las ideas de la escuela vienesa, sostenidas por Kelsen y Merkl, todo "deber ser" constituye una regla de derecho, ya provenga de una disposición de alcance general, o bien, de un acto individual, tal como un contrato.

En todo caso puede afirmarse que, si no de modo exclusivo, sí de modo principal, se consideran fuentes de derecho administra-

tivo todas aquellas leyes dictadas por el Congreso que contienen reglas generales acerca del funcionamiento de los órganos de la administración, las intervenciones del Estado en las diversas actividades humanas, el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, y en fin, la creación, organización y funcionamiento de los servicios públicos, de los institutos oficiales autónomos y demás organismos y entidades en que el Estado tiene participación. En Venezuela aparecen entre las principales fuentes de derecho administrativo: las leyes de Ministerios, extranjeros, patronato eclesiástico, de régimen penitenciario, sanidad nacional, orgánica de las fuerzas armadas, de servicio militar, educación, expropiación, de registro público, de propiedad industrial, de propiedad intelectual, de monedas, de bancos, de inspección y vigilancia de empresas de seguros, de reforma agraria, de Banco Agrícola y Pecuario, de Banco Obrero, de Banco Central de Venezuela, de Banco Industrial de Venezuela, de la Corporación Venezolana de Fomento.

CAPITULO IV

EL TRATADO

26. *Definición*

En un sentido amplio se entiende por tratado "todo acuerdo concluido entre miembros de la comunidad internacional" (Charles Rousseau. *Derecho Internacional Público.* Edición española de 1956, p. 11). Son acuerdos o convenios celebrados entre dos o más Estados, o entre un organismo internacional, la ONU, por ejemplo, y un Estado, y entran en esta categoría los concordatos celebrados entre la Santa Sede y los Estados.

27. *Clasificación de los tratados*

Desde el punto de vista material, se clasifican así: tratados-contrato y tratados normativos. Los primeros producen efectos subjetivos entre los Estados contratantes, esto es, dan nacimiento a obligaciones recíprocas entre las altas partes contratantes, pero no crean efectos de derecho con relación a los gobernados. Los segundos, es decir, los tratados normativos o tratados-leyes formulan reglas de derecho de carácter general, aplicables a los gobernados. son ejemplos de los tratados-contrato: los tratados de fijación de límites, cesión territorial, reparaciones; y en cambio, son tratados normativos, los relativos a títulos académicos, propiedad intelectual, las convenciones postales y aduaneras, etc.

Desde el punto de vista formal, se distinguen los tratados bilaterales, celebrados entre dos Estados, de los tratados colectivos, celebrados por un número mayor de Estados.

28. *Condiciones del tratado para ser fuente jurídico-administrativa*

Según Merkl, para que el tratado pueda ser considerado fuente de derecho administrativo, se requieren las siguientes condiciones:

a) La recepción del tratado en el ordenamiento jurídico interno; b) Que el tratado tenga un contenido jurídico material; c) Que contenga preceptos para cuya aplicación sean competentes los órganos administrativos.

La recepción del tratado en el ordenamiento jurídico interno depende de la Constitución de cada país. En Venezuela, es formalidad necesaria para la validez del tratado, la aprobación del Congreso en forma de ley. Corresponde al Presidente de la República, por órgano del Ministerio de Relaciones Exteriores y de los agentes diplomáticos, la celebración de los tratados, convenios y acuerdos internacionales, los cuales "deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la ley atribuye expresamente al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, la Comisión Delegada del Congreso podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos en todo caso a posterior aprobación o improbación del Congreso" (Ordinal 5º del art. 190 y art. 28 de la Constitución).

La regla general consiste, pues, en que los acuerdos internacionales requieren, para su validez, la aprobación del Congreso en forma de ley. Las excepciones son de tal naturaleza que en ninguna de ellas pueden considerarse incluidos los tratados normativos. Para la validez de estos últimos es requisito esencial la ley aprobatoria del Congreso.

Las Cámaras Legislativas carecen de facultad para modificar las cláusulas de los tratados sometidos a su consideración. La potestad del órgano legislativo se limita a impartir o negar su aprobación, de manera global.

Muchos autores sostienen que al requerirse ley aprobatoria para la validez del tratado no puede decirse que éste tenga fuerza propia sino derivada de la ley; por lo tanto, que los tratados no son fuente de derecho administrativo, sino la ley que los aprueba.

Como antes se dijo, es condición indispensable para que el

tratado pueda ser considerado fuente de derecho, que posea un contenido jurídico material, esto es, que contenga preceptos jurídicos. En nuestra opinión, únicamente los tratados normativos, en los cuales se formulan reglas de aplicación general, tienen un contenido jurídico material; sólo ellos pueden ser admitidos como fuente de derecho administrativo. Debemos apuntar que un importante sector de la doctrina, especialmente inspirado en las ideas del profesor Kelsen, se opone al dualismo entre tratados que estatuyen derecho y tratados calificados como actos subjetivos. Merkl sostiene que no debemos restringir el concepto de precepto jurídico al de norma general, sino que debemos reconocer semejantes preceptos también en las normas individuales, que constituyen el contenido de esos tratados-actos subjetivos. (Merkl *Ob. cit.* p. 150).

Finalmente, el tratado entra en la categoría de las fuentes de derecho administrativo, cuando su aplicación corresponde a los órganos de la administración. En consecuencia, son fuentes de derecho administrativo, los tratados sobre comercio, navegación marítima y aérea, educación, títulos académicos, correos, sanidad, etc.

29. *Rango de los tratados entre las fuentes de derecho*

Es indudable que las disposiciones de la Constitución ocupan un rango superior al de los tratados. Estos no pueden contener cláusulas contrarias a los principios constitucionales.

Es cuestión discutida en doctrina, en caso de colisión entre un tratado y una ley ordinaria, cuál ha de prevalecer. En nuestra opinión, y en tesis general, en caso de conflicto, privan las cláusulas del tratado, conforme a la regla *specialia generalibus derogant*. El artículo 8º del Código de Procedimiento Civil dispone que en los casos de aplicación del derecho internacional privado, los jueces atenderán preferentemente a los tratados públicos de Venezuela con la nación respectiva, en cuanto al punto en cuestión; a falta de tales tratados, aplicarán las leyes ordinarias de la República. Creemos que por analogía, en los asuntos que conciernen al derecho administrativo deberán regir preferentemente los tratados, que son leyes especiales, por sobre lo estatuido en las leyes generales de la República.

CAPITULO V

LOS REGLAMENTOS

30. *Concepto del reglamento*

Según vimos al hacer el estudio de la ley, no sólo el poder legislativo tiene competencia para dictar reglas de derecho de aplicación general. El poder ejecutivo, dentro de ciertos límites, tiene también facultad para dictar normas jurídicas. Los reglamentos son, en efecto, las declaraciones unilaterales del poder ejecutivo, creadoras de reglas de derecho de alcance general, pero de jerarquía inferior a la ley.

El análisis de los elementos integrantes de la anterior definición es el siguiente:

a) Los reglamentos son declaraciones unilaterales, y por eso, difieren de los tratados, que se forman mediante el acuerdo de voluntades entre dos o más Estados;

b) Los reglamentos emanan del poder ejecutivo o de algún organismo adscrito al mismo. Los cuerpos legislativos y los tribunales pueden también dictar reglamentos, pero que no tienen el carácter de fuentes del derecho administrativo, porque sólo atienden al régimen interno de esos órganos y carecen de proyección sobre la administración.

c) Los reglamentos crean reglas de derecho de alcance general, característica que ofrece importancia primordial, pues ordinariamente los actos del poder ejecutivo sólo producen efectos individuales.

d) Las reglas contenidas en los reglamentos son de rango sublegal, pues existe el principio de la absoluta subordinación de los reglamentos a las leyes. Por lo tanto, los reglamentos carecen de la fuerza necesaria para derogar las leyes. En esto difieren los reglamentos, de los decretos-leyes.

31. *Naturaleza jurídica de los reglamentos*

Todo reglamento tiene el carácter de generalidad, esto es, de disposición aplicable a un conjunto indeterminado de personas: a todas aquellas que se hallan en las condiciones de hecho previstas en el texto respectivo.

Por este carácter de generalidad, el reglamento difiere de los demás actos del poder ejecutivo, los cuales de ordinario no interesan sino a un individuo o a un grupo de individuos especialmente designados, tal como ocurre en los casos de nombramientos, multas, permisos, liquidación de impuestos, otorgamiento de títulos, etc.

Por ese mismo carácter de generalidad, el reglamnto se parece a la ley, pues según se ha anotado anteriormente, la ley, aunque no por su esencia, por su naturaleza tiene el signo de la generalidad.

En cambio, el reglamento se distingue de la ley por su origen: el reglamento emana del poder ejecutivo, en tanto que la ley emana del poder legislativo.

Las anteriores consideraciones han provocado entre los autores una interesante discusión acerca de la naturaleza jurídica de los reglamentos. Algunos juristas, orientados por un criterio puramente formal, consideran el reglamento un *acto administrativo;* y otros, atendiendo a un tiempo a los puntos de vista formal y material, establecen la siguiente distinción: el reglamento es, desde el punto de vista formal, un *acto administrativo,* y desde el punto de vista material, una *ley.*

Es cierto que la naturaleza intrínseca del reglamento es la misma de la ley; pero esto no significa que puedan ser identificadas una y otra fuente del derecho administrativo. Como observa acertadamente Sayagués Laso, entre la ley y el reglamento existe cierta similitud, pero no igualdad absoluta. El reglamento es, en realidad, un acto administrativo general.

32. *Materia del reglamento*

Según se ha estudiado anteriormente, existe un conjunto de materias acerca de las cuales el poder ejecutivo no puede dictar

ninguna regulación sino con absoluta subordinación a la ley. Como antes se expuso, la exclusión de la iniciativa del Ejecutivo, existente para objetos señalados, se ha llamado la "reserva legal", pues comprende asuntos que corresponden a la potestad legislativa, y no a la reglamentaria. Tales son, entre otras, la regulación de las garantías constitucionales, las disposiciones de carácter penal, y la relativas a la creación de impuestos. Las leyes dictadas sobre estas materias, pueden ser reglamentadas; pero la iniciativa en estatuir acerca de estas cuestiones incumbe al legislador.

Hecha la separación de las materias que según la Constitución forman la reserva legal, es indudable que sobre aquellos asuntos no regulados por la ley puede ser ejercida la potestad reglamentaria de la administración. Existen, pues, asuntos que pueden indistintamente ser materia de ley o de reglamento: si el Congreso no ha dictado leyes sobre esas materias, es potestativo de la administración dictar normas reglamentarias al respecto.

Sostienen algunos autores que existen materias que no admiten regulación por la vía legal, porque son de la exclusiva competencia de la administración, de tal manera que si el Congreso dictase leyes sobre esas materias incurriría en usurpación de atribuciones, por invadir el campo propio de la potestad reglamentaria. No compartimos esa opinión. No existe en Venezuela norma constitucional que señale un dominio reservado a la potestad reglamentaria. A nuestro parecer, el cuerpo legislativo tiene un poder indefinido de regulación en cuanto se refiere a las materias de la competencia nacional y al funcionamiento de las distintas ramas del poder nacional. Por razones de técnica legislativa o de conveniencia, puede el legislador limitarse a fijar en la ley las disposiciones de principio, y dejar al poder ejecutivo la fijación de los pormenores de la aplicación de la ley; pero si el legislador resolviere descender él mismo a la fijación de los pormenores, no podría afirmarse que ha invadido la materia propia de la administración. Las disposiciones de la ley relativas a los detalles o circunstancias de su aplicación tendrían, pues, plena validez.

33. *Clasificación de los reglamentos*

Los reglamentos son objeto de diversas clasificaciones, entre otras: a) Desde el punto de vista de la entidad pública de la cual proceden; y b) Desde el punto de vista la vinculación del reglamento con la ley.

Si se toma en cuenta la entidad pública de la cual emana el reglamento, se pueden distinguir los reglamentos nacionales, estadales o municipales, según hayan sido dictados por los poderes de la nación, de los Estados, o de los municipios. También existen reglamentos dictados por los cuerpos directivos de las entidades o institutos oficiales autónomos.

Si se atiende a la vinculación del reglamento con la ley formal, numerosos autores dividen los reglamentos en cuatro categorías: ejecutivos, independientes, delegados y de necesidad.

Los reglamentos *ejecutivos* o de ejecución tienen por objeto establecer los detalles que generalmente exige la aplicación de la ley. Las disposiciones de los reglamentos ejecutivos tienen el carácter de normas secundarias respecto a las primarias, que están en la ley. Cada reglamento ejecutivo es el complemento de determinada ley. Como cada reglamento ejecutivo tiene por finalidad facilitar la ejecución de la ley reglamentada, con sujeción a su letra y espíritu, se ha podido decir que los reglamentos de esta categoría son manifestaciones del poder ejecutivo *secundum legem*. A este tipo de reglamento se refiere la Constitución (ord. 10º del art. 190) cuando confiere al Presidente de la República la facultad de "reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón".

Por lo expuesto, para que pueda hablarse de un reglamento ejecutivo, es necesario que exista determinada ley, dictada por el Congreso, cuyos detalles de aplicación han de ser regulados por dicho reglamento. Ninguna disposición del reglamento ejecutivo podrá contradecir, contrariar o modificar en forma alguna las normas de la ley reglamentada, pues, como lo ordena la Constitución, el reglamento no podrá alterar el espíritu, propósito o razón de la ley.

Los reglamentos *independientes* o *autónomos* no se refieren a una ley determinada, no tienen por finalidad regular los detalles de aplicación de una ley. No son reglamentos *secundum legem,* como los anteriores, sino *praeter legem.* Son dictados por el poder ejecutivo en ejercicio de los poderes discrecionales que sobre ciertas materias le confieren explícita o implícitamente la Constitución y las leyes. En todos los casos en que el poder ejecutivo tiene conferidas atribuciones que puede ejercer con amplio margen de libertad, es potestativo de aquél poner límites al ejercicio de esas atribuciones por medio de reglamentos independientes, lo que viene a constituir una autolimitación. Tales reglamentos pueden ser en cualquier instante derogados por el poder ejecutivo, o reformados total o parcialmente por él, pero mientras se hallen en vigor obligan a su propio autor. Claro está que mediante estos reglamentos no se puede modificar ninguna ley, y que en ellos no pueden regularse las materias comprendidas en la reserva legal, como el ejercicio de las garantías constitucionales, el establecimiento de penas o la creación de impuestos. Duguit sostenía que no pueden dictarse reglamentos autónomos sobre materias que no sean la organización de los servicios públicos y la policía. Creemos, por el contrario, que no sólo acerca de la organización de los servicios públicos y el poder de policía pueden ser dictados reglamentos de esta categoría, sino también en cualquier materia de la administración en que el poder ejecutivo tenga la libertad de escoger las soluciones que estime convenientes para la colectividad, ya sea en virtud de facultades expresas, ya por la ausencia de disposiciones legales sobre el particular.

A nuestro parecer, en Venezuela sólo existen reglamentos de las dos categorías expuestas: ejecutivos e independientes.

Los autores que hacen referencia a *reglamentos delegados* entienden por tales las disposiciones de carácter general, dictadas por el poder ejecutivo sobre materias de orden legislativo y en virtud de facultades extraordinarias conferidas a aquél por el legislador. Se les llama reglamentos *secundum legem,* en razón de que son dictados conforme a una *ley habilitante.* Los que sostienen la existencia de este tipo de reglamentos, afirman que por efecto

de la delegación hecha por el cuerpo legislativo, el ejecutivo adquiere competencia para dictar reglas de derecho provistas de la eficacia de la ley formal; y quienes la niegan, invocan el aforismo jurídico *delegatus delegare non potest,* que en el caso concreto indica que siendo el cuerpo legislativo el delegado de la ciudadanía, no puede trasmitir la competencia propia a otro poder, sino ejercerla por sí mismo. Entre nosotros, el Congreso puede conferir al Presidente de la República facultades extraordinarias en lo económico y financiero que lo habiliten para dictar en dichas materias decisiones que envuelvan la derogación o reforma de las leyes preexistentes. Pero en nuestra opinión, tales decisiones del Ejecutivo no son reglamentos. Es preferible reservar para estos actos la denominación de decretos-leyes, porque, en realidad, son decisiones dotadas de eficacia legislativa, aunque revestidas de la forma de los decretos del poder ejecutivo.

También habla la doctrina extranjera de *reglamentos de necesidad,* o sea, las medidas de carácter extremo, acordadas por el ejecutivo, contentivas de nuevas reglas de derecho, muchas veces contrarias a las leyes en vigor, y que han sido adoptadas sin autorización legislativa. Se pretenden justificar estas medidas extraordinarias, contrarias a la organización de los poderes públicos, por el estado de necesidad, surgido de la guerra, los terremotos u otras calamidades semejantes, y por la urgencia de salvar al pueblo. En síntesis, se trata de aplicar la máxima de derecho romano conforme a la cual *salus populi suprema lex esto* (la salud del pueblo sea la suprema ley).

Compartimos la opinión sustentada por el tratadista Sayagués Laso, quien considera inadmisible la categoría de reglamentos de necesidad, y opina que en los casos expresados "se está frente a una situación de hecho, que no puede aspirar al reconocimiento de su juridicidad, sino a soluciones políticas que ratifiquen *a posteriori* lo actuado ilegalmente, si realmente hubo causa justificada para proceder en esa forma" (Sayagués Laso. *Ob. cit.* Tomo I número 71).

34. *Fundamento de la potestad reglamentaria*

En principio, corresponde al poder legislativo formular las disposiciones de carácter general y abstracto. Aparentemente al menos, la potestad reglamentaria del poder ejecutivo está en contradicción con aquel principio. Por eso, los autores se preguntan cuál es el fundamento de aquella potestad. Se han dado diferentes respuestas.

Se ha invocado el *poder discrecional* de que disfrutan las autoridades administrativas en numerosos campos de su actividad. Lo que la autoridad puede ordenar o prohibir caso por caso, por disposiciones singulares —se alega— pueden también ordenar o prohibir para todos los casos semejantes futuros. Esto significa que siempre que la ley deje un margen de libertad a la administración, ésta puede limitar la libertad propia y la de los particulares mediante un reglamento. (Cammeo y Ranelletti, citados por Zanobini, *Corso di diritto amministrativo,* Milano, 1954, t. I, p. 76).

También se ha sostenido que cuando se trata de normas reglamentarias destinadas a producir efectos en el ordenamiento jurídico general, y no de meros reglamentos internos, la potestad reglamentaria debe surgir de una disposición expresa del ordenamiento jurídico. Es la doctrina de Zanobini, ob. cit., t. I. p. 77".

Una tercera opinión considera que la potestad reglamentaria "es inherente a la función administrativa, y por consiguiente, propia de la administración" (Sayagués Laso, ob. cit., tomo I, Nº 73). Dentro de esa opinión se sostiene que para la cabal realización de sus cometidos, la administración está facultada, no sólo para efectuar actos individuales, sino también para adoptar, dentro de ciertos límites, medidas de alcance general. Por lo que respecta a los reglamentos ejecutivos, el profesor Waline sostiene que la potestad para dictarlos está implícita en la atribución del Jefe de Estado, de velar por la ejecución de las leyes, y concluye así: "el ejercicio del poder reglamentario es, en suma, el primer acto de la ejecución de la ley" (Waline. *Traité Elémentaire de droit administratif,* 5ª edición, p. 38).

Entre nosotros, el Presidente de la República está autorizado por texto expreso de la Constitución para reglamentar las leyes nacionales, e igualmente los Gobernadores de Estados están autorizados en las respectivas Constituciones, para reglamentar las leyes sancionadas por las Asambleas Legislativas estadales. En cuanto a los reglamentos independientes o autónomos, el origen o fundamento de la potestad para dictarlos puede hallarse a un tiempo en el ejercicio de poderes discrecionales en ciertos campos de la actividad administrativa, y en las facultades inherentes a la función administrativa.

Conviene señalar que el poder ejecutivo no necesita autorización alguna del legislador para dictar los reglamentos de ejecución de las leyes. Queda a juicio de la administración resolver si es o no necesario, para la fiel ejecución de una ley, un reglamento que la complemente. La invitación a reglamentar contenida frecuentemente en las leyes, es disposición completamente superflua. Y en consecuencia, las normas reglamentarias tienen idéntico valor, hayan sido dictadas a requerimiento del legislador o por decisión espontánea del poder ejecutivo.

35. *Limitaciones de la potestad reglamentaria*

Las limitaciones de la potestad reglamentaria son corolario del principio conforme al cual la autoridad de la adminstración está subordinada a la autoridad del poder legislativo.

Por eso, los reglamentos, tanto ejecutivos como independientes, ocupan en la jerarquía de las fuentes del derecho, un grado sublegal.

Las principales limitaciones de la potestad reglamentaria son las siguientes:

a) Los reglamentos no pueden contener disposición alguna que colida con la Constitución.

b) Los reglamentos ejecutivos no pueden alterar "el espíritu, propósito o razón" de la ley reglamentada. Deben, pues, respetar la letra y el espíritu de la ley reglamentada. Si el poder ejecutivo,

al reglamentar una ley, se aparta de la finalidad perseguida por el legislador, el reglamento estará viciado de nulidad.

c) El poder ejecutivo no puede establecer condiciones para el ejercicio de los derechos ciudadanos, ni estatuir sobre creación de impuestos, establecimiento de penas, regulación de la vida privada y de la propiedad, ni sobre procedimientos judiciales y demás materias reservadas por la Constitución a la iniciativa del legislador.

d) Ningún reglamento, sea ejecutivo o independiente, puede contener disposiciones contrarias a las leyes dictadas por el Congreso, ya que los reglamentos, como hemos apuntado, se hallan en condiciones de inferioridad jerárquica respecto de las leyes formales.

36. *Forma y publicación de los reglamentos*

La facultad de reglamentar las leyes la ejerce el Presidente de la República en Consejo de Ministros, según el ordinal 10 y el penúltimo aparte del artículo 190 de la Constitución. Aun cuando no existe texto expreso sobre el particular, se debe proceder en igual forma, cuando se trata de dictar reglamentos independientes o autónomos.

Los reglamentos, tanto ejecutivos como independientes, deben revestir la forma del "decreto", que es la reservada para las declaraciones supremas del poder ejecutivo. La Constitución nada dispone sobre el particular; pero esa ha sido la forma tradicionalmente empleada en Venezuela y en países extranjeros, y así se desprende del artículo 8 de la Ley de Publicaciones Oficiales, al mencionar los "decretos dictados por el Poder Ejecutivo en uso de su facultad de reglamentar las leyes". Por lo tanto, deberán ir encabezados con el nombre del Presidente de la República, ser firmados por éste, y refrendados por el Ministro o Ministros a quienes corresponda la materia del reglamento.

Los reglamentos deberán publicarse en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela.* Dada su naturaleza intrínseca de leyes,

les son aplicables las disposiciones contenidas en el título preliminar del Código Civil sobre las leyes y sus efectos y las reglas generales para su aplicación. En consecuencia, los reglamentos son obligatorios desde su publicación, o desde la fecha posterior que ellos mismos indiquen; la ignorancia de los reglamentos no excusa de su cumplimiento; y sus disposiciones no tienen efecto retroactivo.

En cuanto a los reglamentos estadales, para determinar sus requisitos de forma y las normas acerca de su publicación habría necesidad de hacer un estudio de cada una de las Constituciones estadales. Puede afirmarse en tesis general, que están sometidos a un régimen similar al ya descrito.

37. *Extinción de los reglamentos*

Los reglamentos pueden extinguirse por decisión del propio poder ejecutivo, por decisión del poder legislativo, y en fin, por decisión del poder judicial.

El poder ejecutivo, y en general, el órgano autor de un reglamento puede derogarlo, expresa o tácitamente. La derogación expresa ocurre en los casos en que se dicta una disposición especial, generalmente incorporada a un nuevo reglamento, en la cual se dice que el reglamento o determinados artículos del mismo han sido derogados. Hay derogación tácita siempre que sobre la materia regida por un reglamento se dicta uno nuevo en el cual no aparezca una cláusula derogatoria expresa.

La extinción del reglamento puede resultar de la sanción posterior de una ley con la cual resultan incompatibles las disposiciones de aquél. Si se trata de un reglamento de ejecución, es lógico que al ser *derogada* en términos absolutos la ley reglamentada, aquél deje de regir; y en cambio si la misma ley sólo hubiere sufrido una *reforma,* sea *parcial* o *total,* conservarán vigencia las disposiciones reglamentarias que resulten compatibles con el nuevo texto legal. En el caso de un reglamento autónomo o independiente, cesa también de regir cuando la materia regulada por él, pasa a ser objeto de ley formal.

Finalmente, el reglamento se extingue, porla declaración de su nulidad, pronunciada por la Corte Suprema de Justicia, ya sea fundada en colisión con la Constitución, o en violación de la ley.

38. *Transformación operada en Francia por la Constitución de 1958*

En Francia, los artículos 34 y 37 de la Constitución de 1958 han transformado el concepto jurídico tradicional del reglamento, anteriormente expuesto. El artículo 34 de dicha Constitución enumera las materias legislativas, esto es, las materias que no pueden ser reguladas sino por ley formal, y agrega que las disposiciones de ese artículo podrán ser precisadas y completadas por una ley orgánica, lo que significa que el parlamento tiene la facultad de extender su propio dominio de competencia. Las materias no atribuidas al dominio legislativo por el citado artículo 34 de la Constitución ni por ley orgánica, conforme al artículo 37, "tienen un carácter reglamentario", lo que equivale a decir, que están reservadas a la potestad reglamentaria del poder ejecutivo. No puede, pues, la ley formal intervenir en el dominio reservado al gobierno. Por lo tanto, los reglamentos complementarios de una ley estarán subordinados a ella —como antes— pero no así los reglamentos dictados en el campo exclusivo reservado al poder ejecutivo.

CAPITULO VI

LOS DECRETOS-LEYES

9. *Concepto*

Los decretos-leyes son las reglas de derecho dictadas por el poder ejecutivo o quien haga sus veces sobre materias propias de la ley formal.

Se distinguen de los decretos ordinarios dictados por el poder ejecutivo, por su contenido, ya que éstos no estatuyen sobre materia legislativa, sino sobre asuntos que corresponden a la competencia de aquel poder.

Los decretos-leyes se diferencian de las leyes formales por el órgano del cual emanan: aquéllos, del órgano ejecutivo; y éstas, en cambio, del órgano legislativo.

Es lógico suponer que los decretos-leyes se dictan siempre en situaciones de emergencia, de mayor o menor gravedad, ya que en períodos de absoluta normalidad la función de legislar corresponde al Congreso.

40. *Situaciones en que aparecen los decretos-leyes*

Conviene señalar las diversas situaciones en que, en distintos países, han surgido o pueden surgir los decretos-leyes.

a) Algunas veces la Constitución autoriza al cuerpo legislativo para que, en determinadas circunstancias, confiera al poder ejecutivo facultad extraordinaria para dictar normas con fuerza de ley. La Constitución de la República de Italia, actualmente en vigor, autoriza al parlamento de dicha nación para delegar en el poder ejecutivo la función de legislar.

b) Ciertas Constituciones, también en circunstancias de especial gravedad, confieren directamente potestad al poder ejecutivo,

para dictar reglas de derecho de eficacia legislativa, sin necesidad de la delegación del cuerpo legislativo. En estos casos queda a juicio del poder ejecutivo estimar si se encuentra en las circunstancias graves previstas por el Constituyente, para entrar a ejercer esos poderes de legislador. La propia Constitución de la República italiana también contiene esta previsión.

c) Sin que la Constitución nada diga sobre el particular, en algunas ocasiones se ha admitido la posibilidad de la delegación legislativa, en situaciones de excepcional gravedad, o incluso se ha aceptado que el poder ejecutivo, en estado de necesidad, sin previsión constitucional alguna, y sin delegación legislativa, dicte normas sobre materia propia de la ley.

d) Ha ocurrido también que en virtud de los decretos relativos a la suspensión o restricción de determinadas garantías constitucionales, el poder ejecutivo se ha considerado facultado para dictar normas que estén en contradicción con las leyes formales emanadas del cuerpo legislativo.

e) Finalmente, los gobiernos de facto acostumbran dictar decretos para regir materias que en un régimen constitucional hubieran requerido se dictase una ley.

Las cuatro primeras categorías de decretos-leyes corresponden a gobiernos *de jure,* pero bajo el imperio de circunstancias anormales. La quinta categoría, como antes se expuso, a los gobiernos *de facto* o preconstitucionales.

41. *La delegación legislativa*

Para muchos autores, los actos de una autoridad administrativa que crea reglas de derecho en virtud de una autorización legislativa se denominan reglamentos delegados. Al hacer el estudio de los reglamentos, manifestamos nuestro desacuerdo con esta denominación. En efecto, si se trata de normas especiales que van más allá de la potestad reglamentaria y tienen la eficacia normativa de la ley sobre asuntos comprendidos en la reserva legal, no es posible llamarlos reglamentos, sino leyes; pero en razón de la

cualidad de su autor, que no es el legislador ordinario, sino el ejecutivo, se les denomina decretos-leyes.

La delegación legislativa en algunos países se permite de modo general, y en otros, restringida a determinadas materias.

En Venezuela el ordinal 8º del artículo 190 de la Constitución atribuye al Presidente de la República la potestad de dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial. Esta disposición autoriza al Congreso para delegar en el poder ejecutivo la función de legislar en materia económica o financiera. El acto del Congreso contentivo de la delegación se denomina "ley habilitante" o "ley de habilitación".

Aparte de esa disposición, ninguna otra de la Constitución autoriza la delegación legislativa. No puede, por lo tanto, el Congreso hacer delegación alguna fuera de la materia económica o financiera.

Por otra parte, no existe entre nosotros disposición alguna que autorice directamente al ejecutivo, cuando a su juicio existan circunstancias que lo justifiquen, para dictar decretos-leyes, salvo lo que posteriormente diremos acerca de los decretos de restricción de las garantías constitucionales.

Los decretos números 578, 579, 580 y 581, de 30 de junio de 1961, dictados por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, de acuerdo con la autorización contenida en la Ley de Medidas Económicas de Urgencia, encajan en este tipo de decretos-leyes. El primero versa sobre reducción de remuneraciones de empleados y funcionarios de los institutos autónomos, empresas del Estado y compañías en que la nación o los institutos autónomos posean la mitad o más del capital social. El segundo, sobre prórroga de los contratos colectivos celebrados con los servidores del Estado y de los institutos, empresas y compañías expresadas. El tercero, sobre modificaciones de la Ley de Impuesto sobre la Renta. El cuarto, sobre modificaciones de la Ley de Impuesto sobre Sucesiones y otros Ramos de la Renta Nacional.

Todos ellos fueron dictados conforme a la Ley de Medidas

Económicas de Urgencia, de 29 de junio de 1961, dictada por el Congreso conforme al ordinal 8º del artículo 190 de la Constitución, mediante la cual quedó autorizado el Presidente de la República, dentro del año siguiente a la citada ley, para hacer las modificaciones expresadas, y además, para fijar precios máximos de artículos y servicios de primera necesidad.

42. *Las delegaciones sin previsión constitucional y los decretos-leyes de necesidad*

En Francia durante el período comprendido entre 1924 y 1940, sin previsión constitucional acerca de la delegación legislativa, se puso en práctica la costumbre de que el parlamento acordase al poder ejecutivo plenos poderes para legislar sobre diversas materias. Se formó, pues, mediante decretos-leyes una abundante legislación contentiva de reformas considerables. Esto provocó gran controversia entre los jurisconsultos, muchos de los cuales se opusieron vigorosamente a que se realizara la confusión entre el poder legislativo y el poder ejecutivo.

Por lo demás, en el período comprendido entre las dos guerras mundiales, no sólo en Francia, sino en muchos otros países europeos se produjo el fenómeno de la legislación mediante decretos-leyes.

En nuestro país es inadmisible, como antes se advirtió, la delegación legislativa, fuera de los casos taxativamente contemplados por el Constituyente. Y con mayor razón sería inaceptable que el poder ejecutivo, sin asidero en disposición constitucional, ni en una ley de habilitación, asumiera el ejercicio de la función legislativa, fundado en el estado de necesidad.

43. *Los decretos-leyes basados en la restricción de garantías*

Durante los años de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), entre nosotros el poder ejecutivo decretó sucesivas restricciones de las garantías constitucionales de carácter económico: la propiedad, la libertad del trabajo, la libertad de industrias, y basado en aquéllas, adoptó disposiciones contrarias a algunas leyes civiles y mercantiles.

Se estimó entonces que la guerra mundial, por sus efectos inmediatos sobre el comercio internacional, constituía una calamidad extraordinaria que afectaba la vida económica nacional en grado suficiente para justificar, de acuerdo con la Constitución, la restricción de determinadas garantías. Cada una de las medidas dictadas restringió en todo el territorio nacional, en los términos y a los efectos del respectivo decreto, el ejercicio de las garantías ciudadanas antes expresadas. Entre otros decretos de esa naturaleza deben ser mencionados:

a) El que creó las Juntas Reguladoras de Precios, autorizadas para fijar precios máximos de los artículos de primera necesidad, regular los alquileres de casas y resolver sobre solicitudes de permisos hechas por los propietarios para pedir la desocupación de casas.

b) El que prohibió el desalojo de los campesinos, de las tierras que cultivasen como arrendatarios o subarrendatarios, salvo determinadas excepciones.

c) El que estableció el control de las importaciones y autorizó el funcionamiento de dos mercados de cambio: el mercado libre y el mercado controlado.

Durante el período señalado fueron dictados muchos otros decretos similares, en los cuales el poder ejecutivo formuló reglas de derecho de carácter general que habían de prevalecer sobre las leyes, mientras subsistiesen las restricciones de garantías que servían de base a aquellos preceptos.

Por lo tanto, deben ser considerados decretos-leyes, emanados de gobiernos constitucionales, aunque dictados sin previsión explícita de la Constitución, ni autorización legislativa al respecto.

Debe observarse que en la Constitución de 1936, bajo cuyo imperio surgieron esos decretos, carecía el Congreso de facultad para acordar poderes extraordinarios al Presidente de la República. En lo que respecta a materia económica y financiera, hoy pueden las Cámaras hacer la delegación legislativa, como antes se dijo, conforme a la Constitución en vigor; y por eso, en la actualidad

basta que las Cámaras acuerden los poderes extraordinarios para que el ejecutivo pueda legislar en lo económico y financiero, sin necesidad de hacer uso del instrumento de la restricción de garantías ciudadanas.

44. *Los decretos-leyes dictados por los gobiernos* de facto

Otro de los casos en que surgen los decretos-leyes es cuando desaparece el órgano legislativo, y sus funciones son absorbidas por el individuo o grupo de individuos que ejerce la función ejecutiva.

Es lo que ocurre al instaurarse los regímenes *de facto,* ya sea en virtud de una rebelión militar, o de una insurrección popular, o de un movimiento que reúna ambos caracteres o, en fin, de un golpe de Estado en que el titular del poder ejecutivo, haciendo uso de la fuerza, disuelva el cuerpo legislativo. En todos estos casos, el órgano ejecutivo, individual o colegiado, concentra en sus manos los poderes de administrar y legislar.

"Los múltiples problemas que plantean los gobiernos *de facto* en cuanto a su origen, legitimidad, etc., escapan al derecho administrativo y corresponden al derecho político y constitucional y a la filosofía del derecho. Pero al margen de las apasionadas controversias que tales cuestiones promueven, se constata una acentuada tendencia doctrinaria y jurisprudencial a admitir la validez de los actos de los gobiernos *de facto,* incluso de los decretos-leyes que hubieren dictado. Esa orientación es fundada porque el reconocimiento de la validez de los actos de los gobiernos *de facto* responde a una clara necesidad social: asegurar la estabilidad de las normas dictadas por tales gobiernos, cuya autoridad, por imperio de las circunstancias, ha debido ser acatada por todos. La invalidez total de las decisiones dictadas por los regímenes *de facto,* crearía indudablemente mayores perturbaciones que su mantenimiento". Tales son las consideraciones expresadas acerca de la validez de los decretos-leyes de este origen, por el distinguido Profesor Manuel Sayagués Laso en su citada obra *Tratado de Derecho Administrativo,* tomo I, núm. 61.

En la historia contemporánea de Venezuela han existido varios gobiernos *de facto,* de rasgos muy diferentes, tanto por el origen de cada uno como por los fines perseguidos. No corresponde a nuestro estudio examinar esas notas diferenciales. Los gobiernos *de facto* a que nos hemos referido son: 1º) *La Junta Revolucionaria de Gobierno* constituida el 19 de octubre de 1945, formada por siete miembros, la cual conserva sus poderes *de facto* hasta el 17 de diciembre de 1946, fecha de la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, convocada por aquélla. En ese lapso de catorce meses, la Junta Revolucionaria dicta numerosos decretos-leyes reformatorios de las leyes existentes, entre otros, el Estatuto Orgánico de las Universidades Nacionales. 2º) *La Junta Militar de Gobierno,* constituida el 24 de noviembre de 1948, integrada por tres miembros, investida de plenos poderes, gobierna durante dos años mediante decretos-leyes, y asimismo, por dos años también, la Junta de Gobierno que le sucede, instalada el 27 de noviembre de 1950. 3º) *La Junta de Gobierno* que se constituye el 23 de enero de 1958, formada por cinco miembros, asume el ejercicio de los poderes ejecutivo y legislativo, y en tal virtud, dicta numerosos decretos-leyes, entre otros, la Ley de Universidades actualmente en vigor, y la reforma parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta, Los poderes *de facto* de la última Junta cesan el 19 de enero de 1959, fecha de la instalación del Congreso convocado por ella.

No han reconocido límites nuestros gobiernos *de facto* en cuanto al ejercicio de la función legislativa. En teoría se aconseja que esa actividad se reduzca a las medidas de urgencia y a las que revistan caracteres de necesidad dentro de los fines perseguidos por el movimiento que ha dado origen al gobierno *de facto.* En la práctica, esas limitaciones carecen de efectividad, puesto que son los propios detentadores del poder los que estiman la urgencia o la necesidad de las disposiciones que se proponen dictar.

45. *La ratificación*

Ha sido objeto de discusión doctrinaria la duración de la vigencia de los decretos-leyes dictados por los gobiernos *de facto.* Se ha sostenido que, una vez vuelta la juridicidad, mediante la

reunión del cuerpo deliberante de origen electivo (Congreso, Convención o Asamblea) aquellos decretos-leyes pierden toda vigencia, y que para conservarla es indispensable la ratificación por el órgano deliberante. Otros opinan que, sin necesidad de ratificación legislativa, los decretos-leyes emanados de los regímenes *de facto* siguen rigiendo después del advenimiento del régimen *de jure*.

No hay duda de que el cuerpo legislativo tiene plena facultad para derogarlos, y para reformarlos total o parcialmente; pero mientras no los altere, esos decretos-leyes mantienen su vigor inicial. La conveniencia colectiva así lo impone, pues la caducidad inmediata de toda legislación proveniente del régimen *de facto,* traería innumerables perjuicios. La experiencia venezolana ha sido la de reconocer la vigencia de los decretos-leyes dictados por los gobiernos *de facto* aun después del retorno a la vida constitucional, sin necesidad de ratificación.

CAPITULO VII

LA COSTUMBRE, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

46. *Concepto*

La fuente no escrita del derecho es la costumbre. En el derecho romano se consideraba que "las costumbres constantes, aprobadas por el consentimiento de los que las siguen, semejan a la ley".

En el derecho moderno entendemos por costumbre, una fuente de derecho generada por la repetición constante y reiterada de un mismo modo de obrar, observada con la convicción de que es jurídicamente obligatoria.

47. *Elementos constitutivos*

De la anterior definición se desprende que la noción de costumbre está integrada por dos elementos:

a) Un elemento material, *la inveterata consuetudo,* o sea, la serie de actos uniformes, consecutivos, de un modo de obrar idéntico, o lo que es igual, el uso largo y constante respecto de una determinada relación de la vida social; y

b) Un elemento psicológico o subjetivo, o sea, la *opinio juris* u *opinio necessitatis,* que consiste en la convicción de la obligatoriedad jurídica de ese modo de actuar.

En consecuencia, no existe costumbre, como fuente de derecho sino cuando concurren los dos elementos ya expresados: *la inveterata consuetudo* y la *opinio juris.* No alcanzan esa categoría los usos de hecho que carecen del elemento moral de la costumbre.

48. *Recepción de la costumbre en el ordenamiento jurídico*

Ha sido materia debatida en la doctrina la referente a la recepción de la norma consuetudinaria en el ordenamiento jurídico

positivo de un país, es decir, si es o no necesario para que exista la costumbre como fuente de derecho, la declaración formulada por los órganos del Estado.

En opinión de Kelsen, el derecho consuetudinario no puede nacer sino por medio de la actividad de los órganos jurisdiccionales, porque una regla de conducta sólo tiene carácter obligatorio cuando expresa una manifestación de voluntad del Estado. Conforme a este criterio, sustentado por muchos otros juristas, la costumbre no adquiere existencia como fuente de derecho, sino cuando es aplicada por los tribunales en los casos individuales sometidos a su decisión; o, lo que es igual, es la jurisprudencia la que transforma en norma consuetudinaria los usos repetidos.

En cambio, Gény sostiene que es innecesario el reconocimiento judicial para que la costumbre tenga eficacia de norma jurídica.

La costumbre no es creada por las sentencias de los tribunales. Para que ella exista y pueda regir determinadas situaciones bastan la repetición de los usos uniformes y la convicción de su obligatoriedad.

Según el nombrado autor, "decir que las sentencias son indispensables a la formación del derecho consuetudinario, equivale a pretender fijar en una forma única y rígida el uso creador de la costumbre: más aún, sería desconocer su esencia" (Gény, François, *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo.* pp. 331 y 332).

49. *Diferentes clases de costumbres*

La mayoría de los juristas ha aceptado una clasificación de las costumbres, fundada en las relaciones del derecho consuetudinario con el derecho escrito.

Desde este punto de vista, existen tres especies de costumbres: interpretativa, introductiva y derogatoria.

La costumbre interpretativa, también denominada *secundum legem,* rige materias reguladas por la ley escrita, y tiene por objeto

determinar la interpretación y modos de aplicación de la misma. Es, por lo tanto, un complemento de la ley escrita.

La costumbre introductiva o *praeter legem,* tiene por objeto regular materias que no lo han sido por la ley escrita. Suple las lagunas de la ley escrita, incorpora nuevos preceptos en el orden jurídico. Regula, pues, áreas no contempladas por el derecho escrito, y por eso es llamada costumbre *praeter legem* (más allá de la ley).

A nuestro parecer, en el derecho administrativo el mayor valor de la costumbre se halla en la influencia ejercida por ella sobre el legislador. La costumbre es fuente de derecho administrativo, observa el maestro argentino Bielsa "como precedente de la ley misma, que termina por consagrarla formalmente". El influjo ejercido por la costumbre sobre la ley escrita puede traducirse ya en la sanción de nuevas leyes, ya en la derogación o modificación de las existentes.

50. *La práctica administrativa como fuente de derecho administrativo*

No debe confundirse la costumbre jurídica con la práctica administrativa, aunque reconocemos que algunos autores consideran esta última como un tipo o subtipo de costumbre jurídico-administrativa.

La práctica administrativa, según Zanobini, "constituye una conducta uniforme de ciertas dependencias, observada en cuanto se considera la más apta y conveniente, sin que se la juzgue obligatoria (Zanobini, *ob. cit.,* p. 94).

Parte, por lo tanto, la práctica administrativa, del ejercicio de la función administrativa por los órganos del Estado. Hay en ella el elemento material de la costumbre, que es el uso largo y constante de un mismo procedimiento respecto a una relación surgida en la vida administrativa; pero falta en ella el elemento psicológico, o sea, la convicción de la obligatoriedad jurídica de ese modo de obrar. No constituye, pues, la práctica administrativa, una fuente de derecho administrativo.

51. *La jurisprudencia*

La jurisprudencia es el conjunto de principios reiteradamente proclamados en las sentencias de los tribunales.

Los jueces no están en el deber de acoger en sus decisiones los principios contenidos en fallos dictados por ellos mismos o por otros tribunales, en procesos anteriores.

Pero en la práctica del derecho es evidente que los principios jurídicos contenidos en las sentencias de los tribunales forman un cuerpo normativo, general y abstracto, cuya influencia sobre los jueces, resulta inevitable en los casos análogos que puedan presentarse. Las decisiones de los tribunales se inspiran con suma frecuencia en los conceptos o interpretaciones de la ley contenidos en providencias anteriores, del mismo juzgador o de otros jueces. El valor de esos antecedentes es, pues, puramente moral, y guarda relación con la jeraquía del tribunal de que emanan y con el grado de prestigio científico de sus integrantes. Dentro de tales características, la jurisprudencia es calificada generalmente como fuente de derecho.

Contrayéndonos a nuestra disciplina, diremos que los autores en su mayoría califican la jurisprudencia como fuente indirecta del derecho administrativo. Carece de obligatoriedad; pero es lo cierto que en las materias sujetas a un régimen de derecho administrativo, los tribunales suelen aplicar, en ausencia de preceptos legales, y algunas veces en contradicción con disposiciones legales de derecho común, las reglas de interpretación contenidas en los fallos pronunciados en controversias sobre materia análoga.

Es bien sabido que el derecho administrativo francés es, en gran parte, el fruto de la jurisprudencia del Consejo de Estado, el famoso tribunal administrativo de Francia. Los principios elaborados por el Consejo de Estado han sido sistemáticamente expuestos por los autores, esto es, han dado origen a la doctrina, que a su vez ha influido en ulteriores decisiones de los tribunales, tanto en Francia como fuera de ella. Como ejemplo resaltante, vemos las reglas especiales relativas a la ejecución de los contratos

administrativos, distintas de las estatuidas en el Código Civil sobre la ejecución de los contratos de derecho común: aquel manojo de principios, extraídos de las decisiones del Consejo de Estado, forma hoy uno de los capítulos de mayor importancia del derecho administrativo, cuya influencia es poderosa en la solución de las controversias administrativas en un crecido número de países.

Entre nosotros tiene significación capital como fuente indirecta de derecho administrativo, la jurisprudencia surgida de la Corte Federal, y desde el mes de febrero de 1961, la que emana de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que ha venido a ocupar el lugar de aquélla como órgano jurisdiccional en los asuntos administrativos.

52. *La doctrina*

La doctrina jurídica está constituida por la exposicion científica hecha por los jurisconsultos, contentiva de la presentación de los problemas del derecho y de las soluciones propuestas, la sistematización de las normas y la interpretación de las mismas.

En el derecho romano la opinión de los jurisconsultos ejerció una autoridad excepcional. El *jus publice respondendi* fue regulado oficialmente desde los tiempos de Augusto. En el siglo v la Ley de Citas dispuso que las opiniones dejadas por Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino, tuvieran fuerza de ley, con excepción de los comentarios de Ulpiano y Paulo a Papiniano, todo lo cual se mantuvo en vigor hasta la promulgación del Código de Justiniano, un siglo después.

En el derecho moderno la doctrina no tiene fuerza de ley. La opinión de cada jurista vale por la autoridad científica alcanzada por el autor, y no en virtud de ninguna consagración oficial. No están los jueces obligados a acoger en sus fallos la opinión de determinado autor, por dilatada que sea su fama. Se estima, sin embargo, que la doctrina, al igual que la jurisprudencia, constituye una fuente indirecta del derecho. En los estudios de los juristas vemos frecuentemente los antecedentes de las reformas legislativas,

y de las variaciones observadas en la jurisprudencia. Es decir, las opiniones doctrinarias ejercen influencia en el Legislador y en el Juez.

En lo que respecta al derecho administrativo, es un hecho reconocido que tanto en el exterior como en nuestro país, en la decisión de las controversias relacionadas con la administración pública, en todo aquello que no puede ser resuelto mediante la aplicación directa de las disposiciones escritas, por no existir tales normas, o por no ser aplicables las existentes a las necesidades de la administración, los tribunales acogen corrientemente las enseñanzas de los más prestigiosos jurisconsultos. Sean o no citados en las sentencias los nombres de los autores, sus opiniones son estudiadas y frecuentemente acatadas. Por eso, la doctrina es considerada una fuente indirecta del derecho administrativo.

CAPITULO VIII

LA CODIFICACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

53. *Noción general*

La codificación es la elaboración de un código. Se entiende por código, la reducción a una unidad orgánica de todas las normas jurídicas que disciplinan una rama determinada del derecho.

La Constitución venezolana (art. 162 *in fine*) dispone que las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia podrán denominarse códigos.

Conviene distinguir el código, de la compilación o recopilación legislativa. La legislación sobre una rama del derecho está codificada cuando reviste la forma de una ley única. El código es siempre la obra del legislador: En él "hay unidad de criterio en cuanto al fondo, y unidad de plan en cuanto a la forma".[1]

La compilación o recopilación, en cambio, pueden ser obra del poder ejecutivo, y aun de particulares, pues consiste sólo en la colección de leyes, posiblemente de épocas distintas y dictadas conforme a criterios diferentes, muchas veces antagónicos.

También es necesario diferenciar el fenómeno de la codificación, del hecho de la unificación del derecho. El derecho puede estar unificado, sin estar codificado; es lo que ocurre en Venezuela con el sector más importante de la legislación administrativa, constituido por un numeroso conjunto de leyes especiales, dictadas por el Congreso y promulgadas por el Presidente de la República y cuya aplicación se extiende a todo el territorio nacional, entre las cuales figuran las leyes relativas a los extranjeros, a los servicios de identificación y policía nacional, al sistema monetario, a la organización, recaudación y control de los impuestos a la renta y

1. J. M. Hernández Ron, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, 2ª edición, Caracas, 1942, t. I, p. 85.

a las sucesiones y donaciones, a las minas e hidrocarburos, a la organización y régimen de aduanas, a las salinas, tierras baldías, ostrales de perlas, montes, aguas y otras riquezas naturales del país, a la organización y régimen de las fuerzas armadas nacionales, al correo y a las telecomunicaciones, a la expropiación, a la propiedad intelectual e industrial, a la reforma agraria, al trabajo, a la sanidad, a las directivas y bases de la educación nacional, al registro público, a los bancos y demás instituciones de crédito, al patronato eclesiástico, al régimen penitenciario y demás materias de la competencia del poder nacional. El derecho está unificado cuando una misma legislación ejerce su imperio sobre todo el ámbito espacial del Estado, aun cuando esté contenida en leyes dispersas. La codificación supone la unificación del derecho; por lo tanto, al decirse que en Venezuela están codificadas la legislación civil, mercantil, penal y de procedimientos significamos que sobre estas materias unas mismas normas rigen en todo el territorio nacional, y además, que las reglas integrantes de cada una de esas disciplinas se han reunido sistemáticamente en un solo acto legislativo.

La unificación del derecho ordinariamente obedece a causas políticas, porque el hecho de que una misma legislación impere en toda la nación contribuye poderosamente a la consolidación de la unidad política de la misma. La codificación está influida, no sólo por razones políticas, sino también, jurídicas y de interés práctico: facilitar el conocimiento del derecho positivo a los profesionales, jueces y demás funcionarios, y a la ciudadanía en general, dada la enorme dificultad, sobre todo para las personas no especializadas, de conocer en cada situación el precepto legal aplicable, en medio de la prodigiosa fecundidad normativa del Estado moderno.

54. *Proceso histórico de la codificación del derecho*

La escuela racionalista o de derecho natural de los siglos XVII y XVIII consagró entre sus objetivos la necesidad de formular en forma sistemática, en un cuerpo de leyes, los principios del derecho natural. Es cierto que en la antigüedad hubo códigos, en los cuales

se reunieron en un cuerpo de leyes todas o casi todas las reglas sociales establecidas por la costumbre, tales como el de Hammurabí, en Caldea, el de Manú en la India y la Ley de las Doce Tablas en Roma. Pero esos códigos de la antigüedad no limitaban su contenido a una rama determinada del orden jurídico. Indudablemente el movimiento moderno a favor de fijar en una carta fundamental los principios del derecho constitucional, y en códigos, los preceptos de las demás disciplinas jurídicas, arranca, como hemos dicho, de los postulados de la filosofía racionalista, según la cual el derecho es producto de la razón humana, y halla su mejor consagración en la elaboración metódica de constituciones y códigos. Entre los primeros frutos de este movimiento filosófico aparecen la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787, las Constituciones francesas de 1791 y 1793, y el Código General prusiano, promulgado en 1794 por Federico Guillermo II. La tendencia codificadora culmina en Francia, en 1804, con el Código Napoleón.

En Alemania, la tendencia codificadora halló fuerte oposición en Savigny y demás juristas adscritos a la escuela histórica. A partir del año de 1814, y en relación con los Estados germánicos, se desarrolló una interesante polémica, en la cual sobresalieron Thibaut, a favor de la codificación y Savigny, opuesta a ella. Thibaut había formulado una severa crítica acerca del estado de la legislación en Alemania, que estaba formada por disposiciones aisladas, promulgadas por autoridades distintas, y por normas del derecho romano, cuyo conocimiento era sólo accesible a los expertos; y, en consecuencia, propuso reunir un congreso de jurisconsultos que llevaran a cabo la elaboración, para Alemania, de un código general, en el cual se redujeran a un todo orgánico, las leyes y costumbres de los distintos Estados germánicos, junto con los preceptos del derecho romano y del Código Napoleón.

Savigny hizo resistencia apasionada a ese propósito, pues consideraba que el derecho no puede ser creado por el legislador ni por el jurisconsulto, pues no es producto de la razón humana, sino de la evolución histórica, esto es, resultado de "fuerzas que actúan silenciosamente", y que hunde sus profundas raíces en el pasado de la nación. "El derecho progresa con el progreso del pueblo, se for-

talece con él, y finalmente perece cuando la nación ha perdido su personalidad". En concepto de Savigny y demás partidarios de la escuela histórica, el derecho tiene su origen en las creencias populares y las costumbres; y según ellos, la codificación paraliza el desarollo del derecho, lo petrifica.

Dado el brillo intelectual de Savigny y muchos de sus seguidores, lograron por muchos años, notable éxito, en hacer valer sus puntos de vista. Detuvieron por muchas décadas en Alemania la confección de un código civil, que sólo vino a promulgarse en 1896.

Dejando a un lado toda consideración filosófica, en nuestros días ningún jurista discute la conveniencia de codificar la legislación civil, mercantil, penal y de procedimientos, y en todos los países civilizados existen códigos sobre tales materias. No ocurre lo mismo con el derecho administrativo, alrededor de cuya codificación existen opiniones contradictorias.

55. *El problema de la codificación en el derecho administrativo*

Propiamente hablando, el derecho administrativo no ha sido codificado en ningún país.[2] Existen en Portugal y Filipinas cuerpos de leyes que tienen esta denominación, pero que en realidad no la merecen. El llamado Código Administrativo de Portugal no abarca toda la legislación administrativa de ese país, ni siquiera la mayor parte de ella, sino únicamente, las normas referentes a la organización administrativa y a los servicios municipales. El de Filipinas, no es un código sino una recopilación, y contiene, no sólo las leyes administrativas, sino también políticas y de organización judicial.

Acerca del problema de la codificación del derecho adminis-

2. En Francia, conforme al decreto de 10 de mayo de 1948, se han realizado en los últimos años numerosas compilaciones de textos legislativos y reglamentarios sobre diversas materias administrativas, que se han denominado Códigos. No se trata de obra legislativa, sino de arreglos coordinados de textos preexistentes, ordenados por decretos del poder ejecutivo, y destinados a facilitar la consulta. El *Journal Officiel* ha publicado, entre otros, el Código de la Farmacia, el Código de Salud Pública, el Código de Cajas de Ahorro, el Código de Pensiones Civiles y Militares en Retiro, el Código de Aviación Civil y Comercial. Ver sobre estas cuestiones: Waline, *ob. cit.*, edición de 1958, Nº 185, y Rivero, *ob. cit.*, edición de 1962, Nº 45.

trativo, las diversas opiniones emitidas en la doctrina pueden reducirse a tres: 1°) Para muchos autores, es no sólo posible, sino conveniente, la codificación del derecho administrativo; 2°) Otros consideran que no es posible la codificación de las normas de esta disciplina, o al menos, que no es conveniente hacerlo; 3°) Una tercera opinión sostiene que es posible y conveniente la codificación, pero sólo parcial, del derecho administrativo.

56. *Opinión favorable a la codificación del derecho administrativo*

A favor de la codificación del derecho administrativo se han hecho valer las siguientes razones: a) Es posible y conveniente la codificación del derecho administrativo, por las mismas razones que la de otras ramas del derecho, en particular, por la claridad y certeza de las normas, que se logran con mayor facilidad en un código que en un sistema de leyes dispersas; b) Si toda administración implica la necesidad de orden, es lógico que el conjunto de preceptos jurídicos reguladores de la administración pública, se presente en la forma metódica de un código, y no en una diversidad de leyes dispersas, que pueden ser entre sí antagónicas; c) Que constituiría una ventaja para los administrados la codificación del derecho administrativo, porque aun dejando a las autoridades administrativas un margen de libertad, el ordenamiento y certeza de las normas vendría a ser un freno a la arbitrariedad e inseguridad.

57. *Opinión contraria a la codificación del derecho administrativo*

Muchos autores opinan que la legislación administrativa no es codificable, y se fundan en las siguientes razones: a) La *movilidad* o inestabilidad de las normas de derecho administrativo, más sensibles que las de otras ramas del derecho a las transformaciones políticas, económicas y sociales. La experiencia demuestra que en todos los países, los cuerpos legislativos sancionan todos los años, reformas totales o parciales de las leyes administrativas, en razón de las circunstancias cambiantes; lo que indica que si las reglas contenidas en esas leyes formaran parte de un código, sería nece-

sario reformar éste todos los años; b) La *multiplicidad* o *variedad* de las normas de derecho administrativo, dada la amplitud creciente de las materias comprendidas en el dominio de la administración. Resulta difícil de concebir que un mismo código contenga los preceptos reguladores de las fuerzas armadas y de la policía nacional, al mismo tiempo que las normas directivas de la organización de la educación y de la sanidad, el régimen de telecomunicaciones, el de registro público y el penitenciario. Es tal la heterogeneidad de la materia administrativa que parece imposible que sea objeto de una ley única; c) La *falta de orden* del derecho administrativo, proveniente de la vastedad y heterogeneidad ya expresadas, hace imposible el ordenamiento de esta disciplina; d) Se alega finalmente la *experiencia* de todas las naciones para asentar que en ninguna parte se ha sentido la necesidad de codificar el derecho administrativo, y así lo comprueba el hecho de que, aparte de ciertas codificaciones parciales, el derecho administrativo no ha sido codificado por ningún Estado.

58. *Opinión ecléctica*

Algunos autores reconocen la imposibilidad de codificar todo el derecho administrativo, pero preconizan la conveniencia de codificar parte de él. La codificación parcial comprendería los preceptos fundamentales de la administración, de aplicación común a las diversas actividades de ésta.

59. *Nuestra opinión*

A nuestro parecer, sería no sólo imposible, sino absurdo, pretender la codificación total del derecho administrativo. Aun cuando se prescindiera de las normas reglamentarias, y el Código se limitara a las materias que en la actualidad están regidas por leyes, sería inconcebible que una ley única contuviera las normas de aplicación a la multitud de cometidos de la administración. Creemos posible y conveniente la elaboración de un código de derecho administrativo que formulara las reglas relativas a los procedimientos de elaboración de los actos administrativos, los

recursos ejercitables contra ellos en el seno de la administración, la carrera administrativa, las controversias provocadas por los actos de la administración y demás materias que corresponden al derecho administrativo general. El régimen jurídico de cada una de las tareas de la administración tiene que ser objeto de leyes especiales.

60. *La Codificación administrativa en Venezuela*

Entre nosotros no ha existido jamás un código de derecho administrativo, ni el propósito de elaborarlo se ha manifestado nunca. Han existido sólo sobre algunas materias de la administración, códigos especiales que posteriormente se han fragmentado en diversas leyes. Así, durante varios años rigió entre nosotros un Código de Hacienda, el cual quedó derogado en 1918, al promulgarse las leyes que a continuación se mencionan: Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, Ley de Aduanas, Ley Orgánica de la Renta de Salinas y Ley de Papel Sellado Nacional. También existió un Código de Instrucción Pública, derogado en 1915, época en que fue sustituido por varias leyes especiales. Hasta el año de 1862 existió una ley reguladora de los abusos de la libertad de imprenta que llevó indebidamente el nombre de Código de Imprenta. Igualmente la ley relativa a los menores de dieciocho años, sancionada en el año de 1938 recibió inadecuadamente el nombre de Código de Menores, que conservó hasta el año de 1949, en que la Junta Militar de Gobierno lo derogó mediante un decreto-ley denominado Estatuto de Menores, actualmente en vigor.

CAPITULO IX

LAS SITUACIONES JURIDICAS GENERALES E INDIVIDUALES. ACTOS JURIDICOS. CRITERIOS PARA CLASIFICAR LOS ACTOS JURIDICOS. ACTOS MATERIALES.

61. *Situaciones jurídicas*

Las disposiciones de carácter general procedentes de los órganos del poder público, así como las decisiones de carácter individual emanadas de los mismos y, en fin, las declaraciones de voluntad de los particulares, al determinar lo que las actividades humanas deben ser, crean derechos y obligaciones para las personas físicas y jurídicas a que unas y otras manifestaciones se refieren.

Estos derechos y obligaciones, o lo que es igual, estos poderes y deberes, se denominan *situaciones jurídicas.*

Una misma persona posee ordinariamente varias situaciones jurídicas, compuesta cada una por el conjunto de sus derechos y de sus obligaciones en una materia determinada. Un hombre casado que sea propietario de una casa posee a un tiempo la situación jurídica integrada por el conjunto de derechos y deberes atribuidos por la Ley a un cónyuge respecto del otro y también la situación jurídica formada por los atributos de la propiedad y por las obligaciones que la ley impone a la misma. Si ese mismo individuo fuere designado para desempeñar un cargo público, estaría, además, en la situación jurídica constituida por los poderes y deberes inherentes a la función pública.

Las situaciones jurídicas se dividen en dos categorías: situaciones jurídicas generales e impersonales y situaciones jurídicas individuales.

Las situaciones jurídicas generales son aquellas que, habiendo nacido de disposiciones de carácter general e impersonal, son comunes a toda una categoría indeterminada de personas. Así, por ejemplo, el hombre casado, el padre que ejerce la potestad

sobre hijos menores de edad, el propietario de un inmueble, el juez, el director de un ministerio, se hallan en posesión de situaciones generales e impersonales creadas por las leyes. En efecto, los poderes y deberes de unos y otros son los mismos para todos aquellos que están o lleguen a estar en igual situación. Los derechos que la ley confiere a los padres en ejercicio de la patria potestad son los mismos para todos los padres, y asimismo, a todos los padres corresponden iguales deberes. Los derechos y deberes del Director de Justicia son los mismos para todo individuo que sea designado para desempeñar ese cargo.

Las situaciones jurídicas individuales son aquellas que, habiendo nacido de disposiciones o manifestaciones de voluntad de carácter particular y concreto, son especiales para ciertas personas o para un grupo de personas individualmente determinadas. El heredero testamentario, el donatario, el arrendatario de una finca, el individuo multado, el deudor de un impuesto, se hallan en situaciones jurídicas individuales. Están investidos de ciertos poderes y de ciertos deberes cuyo contenido difiere según los casos. El contenido de cada institución de heredero o donación, de cada crédito o deuda, o de cada multa o liquidación de impuesto es diferente o puede serlo en su monto o modalidades. El contenido de cada una de esas situaciones es modelado por un acto individual. No puede decirse en estos últimos casos que la situación sea la misma para todos.

Para algunos autores, las situaciones jurídicas generales derivan su existencia de las *reglas de derecho generales e impersonales* y las situaciones jurídicas individuales, de las *reglas de derecho individuales*. Este modo de ver no es compartido por la opinión dominante, según la cual la noción de regla de derecho está limitada a las disposiciones por vía general e impersonal. Los autores a que nos referimos (Kelsen, Bonnard) sostienen que la regla de derecho es todo *deber ser* impuesto a una conducta humana y como no sólo de las reglas generales y abstractas emanan deberes de conducta, concluyen que existen reglas de derecho de carácter general, impersonal y abstracto, y reglas de derecho de carácter individual y concreto.

El contrato, del cual se desprende un *deber ser* para uno o para todos los contratantes, e igualmente la multa y la liquidación de impuesto, que imponen deberes al multado y al contribuyente, constituyen, conforme al criterio expuesto, reglas de derecho de carácter individual, creadoras de situaciones jurídicas individuales.[1]

62. *Caracteres de las situaciones jurídicas generales*

Las situaciones jurídicas generales presentan los siguientes caracteres: son, además de generales, permanentes, irrenunciables y modificables por ley o reglamento.

La situación jurídica general "es la misma para todos los individuos que se hallan en las mismas condiciones de hecho".[2] El acto jurídico creador de una situación jurídica general puede ser una Constitución, una ley, un reglamento o una ordenanza, esto es, un acto que contenga preceptos objetivos y abstractos, aplicables a un número indeterminado de personas.

Toda situación jurídica general es *permanente.* Los poderes comprendidos en ella pueden ser ejercidos indefinidamente. El ejercicio de estos poderes no los agota.

La situación jurídica general *es modificable* por disposiciones de carácter general, de igual jerarquía a aquellas que le dieron existencia. En efecto, en virtud de que las situaciones jurídicas generales tienen su contenido determinado por las leyes y reglamentos, las modificaciones aportadas a estas leyes y reglamentos se aplican de inmediato a los titulares ya investidos de estas situaciones.

Finalmente, los derechos comprendidos en una situación jurídica general *no pueden ser objeto de una renuncia general y absoluta.* Una persona no puede renunciar de modo absoluto al derecho de comprar o vender, o al de ejercer el comercio, o al de testar, o al de aceptar un nombramiento para el ejercicio de una

1. Véase Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho,* Editorial Losada, Buenos Aires, p. 117; y Bonnard, *Précis de droit administratif,* cuarta edición, p. 24.
2. V. Gaston Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo.* Editorial Depalma. Buenos Aires. T. I, pp. 13 y ss.

función pública. Tales renuncias carecerían de validez. El Código Civil dispone que la renuncia de las leyes en general no surte efecto. No es lícito que ningún ciudadano pueda sustraerse a la protección que el legislador le da.

63. *Caracteres de las situaciones jurídicas individuales*

Las situaciones jurídicas individuales presentan, como es natural, caracteres diametralmente opuestos a los que acaban de ser examinados: son particulares, temporales, renunciables y no modificables por ley o reglamento. Analicemos brevemente estos caracteres:

La situación jurídica individual es *particular*. El contenido de los poderes o deberes que la constituyen es especial para ciertas personas o para un grupo de personas individualmente determinadas.

Es característica de este tipo de situaciones jurídicas la *temporalidad*. Los poderes en ellas comprendidos desaparecen por su solo ejercicio. Los deberes que ellas implican desaparecen por el cumplimiento de los mismos. Por otra parte, estas situaciones son renunciables: el acreedor puede renunciar a ejercer sus poderes respecto a su deudor. En fin, las situaciones jurídicas individuales no pueden ser modificadas por decisiones de carácter general emanadas de los poderes públicos, tales como la ley o el reglamento, porque el contenido de aquéllas no ha sido creado por disposiciones de carácter general.

64. *Noción del acto jurídico*

Los actos jurídicos son manifestaciones de voluntad de individuos —gobernantes, agentes públicos, simples particulares— en el ejercicio de un poder legal y con el objeto de producir efectos de derecho (definición dada por Gaston Jèze).[3]

Todo acto jurídico comporta una manifestación de voluntad. La ley, el reglamento, el contrato, el testamento, el nombramiento, son decisiones que consisten en querer producir un efecto, en vista

3. Jèze, *ob. cit.*, t. I, p. 29.

de un motivo y de una finalidad. Cuando en los actos del hombre no aparece la manifestación de voluntad, aunque tengan consecuencias de derecho, no se denominan actos jurídicos, sino actos materiales.

La manifestación de voluntad indica que el autor del acto, en vista de un motivo y de una finalidad, quiere producir determinado efecto jurídico. En toda manifestación de voluntad está implícita una manifestación de inteligencia, pues el autor del acto, antes de tomar su decisión, adquiere consciencia del motivo, de la finalidad, y del efecto por producir. En cambio, existen numerosas manifestaciones de inteligencia, sin que en ellas aparezca manifestación de voluntad: los planes de todo orden elaborados por los técnicos al servicio de la administración son manifestaciones de inteligencia, pero no de voluntad: son actos materiales, no actos jurídicos. Si alguno de esos planes, es acogido, el decreto o resolución dictado por las autoridades, que ordenan la ejecución del plan, envuelven una manifestación de voluntad y, por lo tanto, son actos jurídicos.

Todo acto jurídico se opera en ejercicio de un poder legal. Es indispensable que el autor del acto esté investido de poder suficiente para tomar la decisión considerada. En defecto de poder legal, no existe acto jurídico: la manifestación de voluntad es, en tal caso, inexistente. El poder legal o aptitud legal para tomar decisiones recibe en derecho privado el nombre de *capacidad,* y en derecho público, el nombre de *competencia.* Hay que señalar una diferencia muy importante entre capacidad y competencia; en de-recho privado, la capacidad es la regla, y la incapacidad es la excepción; por el contrario, en el derecho público, la competencia de los órganos del Estado es excepcional y de derecho estricto. Los particulares pueden hacer todo lo que la ley no prohíbe; el Código Civil declara que pueden contratar todas las personas que no estuvieren declaradas incapaces por la ley. En cambio, en de-recho público, los funcionarios no pueden realizar sino única y exclusivamente aquellos actos para los cuales la Constitución, la ley, el reglamento o la ordenanza les ha conferido facultad expresa.

65. *Clasificaciones de los actos jurídicos*

Los actos jurídicos pueden ser clasificados desde diferentes puntos de vista: 1º) Puede hacerse una clasificación, tomando en cuenta el objeto del acto, o lo que es igual, el efecto inmediato y directo producido por el acto: es lo que se ha llamado la clasificación *material* de los actos jurídicos. 2º) Puede también hacerse la clasificación tomando en cuenta la forma de manifestación de la voluntad: es la clasificación *formal.* 3º) Finalmente, la clasificación puede hacerse tomando en cuenta el autor de la manifestación de voluntad: es la clasificación *orgánica.*

66. *Clasificación material*

Los efectos producidos por los actos jurídicos, esto es, las modificaciones creadas por dichos actos en el orden jurídico, son diversas. Por tal motivo, los actos jurídicos se dividen en varias categorías, por su objeto, es decir, por el efecto inmediato y directo producido por cada uno de esos actos.[4]

Desde el punto de vista expresado, los actos jurídicos se clasifican en las siguientes categorías:

Primera: El acto-regla, o acto creador de situaciones jurídicas generales. Es la manifestación de voluntad mediante la cual se formulan reglas de derecho generales e impersonales. Son actos jurídicos de esta categoría: La Constitución; las leyes propiamente dichas, o sea, las reglas de derecho generales e impersonales, sancionadas por el Congreso y promulgadas por el Presidente de la República; los decretos-leyes emanados de los gobiernos *de facto,* y también de los gobiernos constitucionales, en los casos en que el poder ejecutivo ejerce las facultades extraordinarias en materia económica o financiera que le hayan sido conferidas por el Congreso; los reglamentos ejecutivos o autónomos, dictados por el Ejecutivo Nacional; las Constituciones de los Estados de la Unión, dictadas por las Asambleas Legislativas de los Estados y las leyes dictadas por las mismas; las ordenanzas municipales, dictadas por

4. Jèze, *ob. cit.,* t. I, pp. 29 y ss.

los Concejos Municipales, relativas a la organización de los servicios municipales, creación de impuestos y demás contribuciones del Municipio y a la administración de los bienes de dicha entidad; los reglamentos dictados por los cuerpos directivos de los institutos oficiales autónomos.

En razón de que la ley y el reglamento son por excelencia los tipos de actos-regla, las situaciones jurídicas generales que derivan de esta categoría de actos, reciben la denominación de *situaciones legales o reglamentarias.*

En el derecho civil y el mercantil, los contratos de sociedad son actos-regla, ya que las situaciones jurídicas nacidas de las cláusulas de las actas constitutivas y estatutos sociales, son las mismas para todos los miembros presentes y futuros de la entidad colectiva. En el derecho social, el contrato colectivo de trabajo se considera igualmente un acto-regla, porque las situaciones derivadas de sus estipulaciones serán las mismas para todos aquellos individuos que durante la vigencia de aquél celebren con el mismo patrono o con los patronos del mismo sindicato, contratos individuales de trabajo.

Segunda: El acto subjetivo, o acto creador de situaciones jurídicas individuales, es la manifestación de voluntad mediante la cual se producen poderes o deberes jurídicos individuales. El acto subjetivo contempla determinado individuo o grupo de individuos, o casos igualmente determinados. Es esencialmente un acto de alcance individual y especial. Todos los actos creadores de créditos y deudas son actos subjetivos; por ejemplo, los contratos civiles, mercantiles y administrativos.

El acto mediante el cual el administrador de una renta pública, practica la liquidación de los impuestos por pagar un contribuyente; o aquel mediante el cual una autoridad administrativa impone una multa, pertenecen a la categoría de los actos subjetivos.

Tercera: El acto-condición. Es la manifestación de voluntad mediante la cual se atribuye a un individuo una situación jurídica general o se regulariza el ejercicio de un poder legal.

No siempre las reglas de derecho, generales e impersonales, son aplicables de inmediato, y hace falta a veces una manifestación de voluntad que invista a individuos determinados de las situaciones jurídicas generales creadas por aquellas reglas.

Por otra parte, las leyes crean ciertos poderes, cierta competencia, pero a la vez disponen que para su ejercicio es condición indispensable que se produzcan determinadas manifestaciones de voluntad.

En ambos casos las situaciones jurídicas creadas por la regla legal no tienen aplicación o su ejercicio no se regulariza sino cuando se cumple la condición legal.

Según lo expuesto, el acto-condición puede ser, o bien la condición de aplicación a un individuo, de una situación jurídica general e impersonal, o bien la condición establecida por la ley para el ejercicio de una competencia legal.

El acto-condición no es creador de situaciones jurídicas, sino un acto de aplicación de situaciones jurídicas preexistentes, a cuyo contenido nada agrega, o es la condición de ejercicio de una competencia o poder legal preexistentes, los cuales no modifica en forma alguna.

Son actos de aplicación de situaciones jurídicas generales preexistentes: El *decreto de naturalización,* dictado por el Presidente de la República; el *nombramiento* de un funcionario; el decreto de *interdicción* de un demente, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil. Mediante el primero, se atribuye a un individuo la situación jurídica general de venezolano por naturalización, creada de modo impersonal por la Constitución y las leyes. Por medio del segundo se inviste al individuo designado, de los poderes y deberes inherentes al cargo, creados impersonalmente en las leyes y reglamentos. En virtud del decreto de interdicción, el Juez coloca a un individuo en la situación de entredicho, creada en el Código Civil para todo aquel que llegare a adolecer de defecto intelectual habitual que lo haga inhábil para proveer a sus intereses.

En derecho privado es un ejemplo de acto-condición mediante el cual se regulariza el ejercicio de un poder legal, el decreto en

que el Juez autoriza al padre para vender los bienes de sus hijos menores de edad sometidos a su patria potestad: dicha autorización es, en efecto, la condición indispensable para que el poder legal del padre, de vender los bienes de sus hijos menores sujetos a patria potestad, pueda ser regularmente ejercido. La aptitud legal del padre para enajenar los bienes de sus representados pertenece a la situación jurídica general del padre, creada y organizada en el Código Civil: la autorización judicial es sólo la condición esencial para que esa aptitud preexistente pueda ser regularmente ejercida.

En derecho público venezolano, son ejemplos de acto-condición mediante los cuales se regulariza el ejercicio de una competencia legal: a) El acuerdo del Senado por el cual se autoriza al ejecutivo nacional para enajenar bienes del dominio privado de la nación; b) La ley en que el Congreso autoriza al ejecutivo nacional para contratar un empréstito; c) El decreto del ejecutivo nacional mediante el cual autoriza a un instituto oficial autónomo para contratar un empréstito.

Cuarta: El acto jurisdiccional es la manifestación de voluntad de un órgano del Estado en ejercicio de una competencia legal, que tiene por objeto declarar una situación jurídica, general o individual, o un hecho, y destinada a adquirir fuerza de verdad legal.

El acto jurisdiccional emana de un órgano del Estado al que la ley confiere competencia especial para emitir declaraciones de esa naturaleza. Ordinariamente los actos jurisdiccionales provienen de los Tribunales, ya que éstos son por excelencia los órganos a los cuales confieren las leyes competencia para la decisión de las situaciones conflictivas; por excepción, las leyes atribuyen algunas veces la potestad para efectuar tales actos, a algunos órganos del poder legislativo o del ejecutivo.

El acto jurisdiccional no es un acto creador de situaciones jurídicas. El efecto producido por el acto jurisdiccional consiste en declarar, a objeto de poner fin a una controversia, la existencia o inexistencia, de una situación jurídica general o individual, o de un hecho.

Cuando la Corte Suprema de Justicia declara con lugar la solicitud de nulidad de una ley, por estar en colisión con la Constitución, la sentencia dictada, es un acto jurisdiccional declarativo de la inexistencia de una situación jurídica general. En efecto, las situaciones jurídicas generales resultantes de las disposiciones contenidas en la ley anulada, se reputan inexistentes. En cambio, si la petición de nulidad fuere declarada sin lugar, la sentencia sería declarativa de la existencia de las situaciones jurídicas generales derivadas de los preceptos de la referida ley. En ambos casos, se trata de actos jurisdiccionales que producen efectos *erga omnes*.

Por el contrario, cuando el Juez, al decidir en un juicio promovido por el cumplimiento de las obligaciones provenientes de un préstamo, halla plenamente comprobada la existencia de las obligaciones demandadas y declara con lugar la demanda, esto significa que la sentencia pronunciada en tal caso, es un acto jurisdiccional declarativo de una situación jurídica individual. Tal acto jurisdiccional sólo produce efectos *inter partes*.

El acto jurisdiccional tiende a poner fin a los conflictos.
Sin embargo, no puede afirmarse que todo acto jurisdicional tenga la fuerza de la verdad legal, ya que generalmente las decisiones de los órganos jurisdiccionales son susceptibles de apelaciones y otros recursos ante órganos jurisdicionales de jerarquía superior. En el caso de que la decisión haya quedado firme, por no haberse interpuesto ningún recurso dentro del lapso determinado en la ley, o cuando el recurso interpuesto haya sido declarado sin lugar, o haya emitido su decisión el órgano jurisdiccional llamado a pronunciar el fallo final, puede decirse que existe *cosa juzgada*. Cabe entonces aplicar el adagio latino: *res judicata pro veritate habetur* (La cosa juzgada se tiene por la verdad). Del acto jurisdicional que ha quedado firme puede decirse, por lo tanto, que ha adquirido la fuerza de la verdad legal.

67. *Clasificación formal*

Según se expuso anteriormente, la clasificación formal de los actos jurídicos se funda en la forma de la manifestación de voluntad.

Primeramente, se dividen los actos jurídicos en *unilaterales* y *plurilaterales,* según que hayan intervenido en el acto uno o más autores. Cuando sólo ha intervenido un autor en la manifestación de voluntad, el acto es unilateral: tal es el testamento, en derecho privado; o el nombramiento de un Ministro, en el derecho público. Si han intervenido muchos autores, el acto es plurilateral: tales son los contratos, tanto de derecho privado, como de derecho público, y los tratados o acuerdos internacionales.

Por otra parte, los actos plurilaterales se subdividen en actos *colectivos y convencionales.* En los actos colectivos, las diversas voluntades intervinientes persiguen el mismo efecto: las decisiones tomadas por órganos colegiados son actos colectivos, pero no convencionales, pues se estima que todos los integrantes de esos órganos persiguen los mismos fines de interés general. En cambio, en los contratos, las diversas personas que intervienen persiguen fines distintos: cuando se produce el acuerdo de voluntades es porque las manifestaciones de voluntad se condicionan recíprocamente.

68. *Clasificación orgánica*

La clasificación orgánica de los actos jurídicos, como arriba se apuntó, atiende al autor de la manifestación de voluntad.

Los actos jurídicos pueden ser *públicos* o *privados.* Los actos públicos son manifestaciones de voluntad provenientes de los órganos del Estado, como las leyes, los decretos, las resoluciones ministeriales, las sentencias, las ordenanzas y acuerdos de los Concejos Municipales. Son actos privados las manifestaciones de voluntad de los particulares, o de las sociedades o asociaciones.

Los actos públicos a la vez se subdividen, según la rama del poder público de que emanen, en actos legislativos, ejecutivos o judiciales.

69. *Actos materiales*

Los *actos materiales* son los hechos del hombre que no consisten en manifestaciones de voluntad.

En el campo del derecho administrativo, son actos materiales: los que realizan los agentes de policía para el mantenimiento del orden en un desfile, y el oficial, al impartir instrucción militar a sus soldados, la trasmisión del mensaje telegráfico por el operario, la vacunación practicada por los médicos sanitarios o las enfermeras, la distribución de la correspondencia por el cartero, la construcción de un puente por un ingeniero, la conducción de los camiones del aseo urbano, la clase dictada por el maestro.

En algunas ocasiones, los actos materiales producen consecuencias jurídicas, en otras no.

Los actos materiales aseguran la realización y la ejecución final del derecho. En efecto, efectuados esos actos, en virtud y en ejecución de las reglas de derecho, o en cumplimiento de contratos y demás actos jurídicos, tienen por objeto asegurar las prestaciones de cosas o servicios previstas por aquellas reglas o por los contratos y demás manifestaciones de voluntad.

CAPITULO X

ACTOS ADMINISTRATIVOS. DEFINICION Y CLASIFICACION

70. *Definición*

Los actos administrativos son manifestaciones de voluntad emanadas de las autoridades administrativas y que tienen por objeto producir efectos de derecho, generales o individuales.

Acerca de la anterior definición, conviene formular las siguientes consideraciones:

1) Todo acto administrativo es un acto jurídico, esto es, una manifestación de voluntad, hecha por individuos dotados de aptitud legal para ello, con el propósito de producir efectos de derecho. Los actos jurídicos se producen en todos los campos del derecho, tanto privado como público. El acto jurídico es, pues, el género; el acto administrativo, la especie.[1]

El acto administrativo se distingue, pues, del acto material de ejecución del derecho. La orden de arresto librada contra un individuo por un prefecto, en ejercicio de una potestad legal, es un acto administrativo; la ejecución de esa misma orden por los agentes de policía, es un acto material.

La actividad administrativa comprende manifestaciones de voluntad y operaciones materiales; pero sólo a las primeras corresponde la denominación de actos administrativos.

2) Para algunos autores los actos administrativos pueden ser unilaterales o plurilaterales, o sea, que pueden consistir en decisiones de la autoridad o en contratos administrativos; pero según la doctrina dominante, los actos administrativos en sentido estricto son únicamente las declaraciones de carácter unilateral hechas por

1. "Acto administrativo equivale, por lo tanto, a acto jurídico de la Administración Pública". Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, t. I., p. 243.

los agentes de la autoridad. No son, por lo tanto, actos administrativos propiamente dichos, los acuerdos de voluntad celebrados entre dos o más personas, aunque todas ellas o algunas de ellas sean entidades públicas, y no obstante tener por objeto asuntos de interés general.

3) Es necesario que la manifestación de voluntad la haga alguna autoridad administrativa, tal como el Presidente de la República, un Ministro del Despacho, el Contralor General de la República, los Rectores de las Universidades Nacionales o los Consejos Universitarios de las mismas, los Gobernadores, los Secretarios Generales, los Administradores de Rentas Públicas, los Fiscales de Hacienda, los Inspectores de los diferentes ramos del servicio público, los Concejos Municipales y los Prefectos.

En el sentido material son también actos administrativos, las manifestaciones de voluntad hechas excepcionalmente, en ejercicio de la función administrativa, por los órganos legislativos o judiciales, tales como las decisiones mediante las cuales los cuerpos legislativos colaboran con la administración, al dar autorización al ejecutivo para enajenar un inmueble de propiedad nacional o para contratar un empréstito, o al aprobar un contrato de interés nacional, celebrado por el ejecutivo, o los nombramientos de Secretarios y Alguaciles hechos por los jueces. Estas decisiones son actos administrativos desde el punto de vista objetivo o material; no lo son desde el punto de vista subjetivo u orgánico.

Carecen de facultad para efectuar actos administrativos: los particulares, los órganos consultivos de la administración y los órganos de ejecución de la misma.

4) Las manifestaciones de voluntad expresadas son actos administrativos, ya produzcan efectos jurídicos generales o individuales.

Se discute en doctrina si únicamente deben llamarse actos administrativos aquellas manifestaciones de voluntad administrativa productoras de efectos subjetivos, puramente individuales, o si debe extenderse dicha denominación a los reglamentos, que son manifestaciones de voluntad creadoras de situaciones generales.

Entre nosotros la materia está fuera de discusión, en vista de que la Constitución en vigor hace formal referencia a "los actos administrativos generales e individuales" (art. 206). En virtud del citado precepto constitucional, en Venezuela, los reglamentos entran en la categoría de los actos administrativos.

71. *Clasificación de los actos administrativos*

La clasificación de los actos administrativos puede hacerse desde varios puntos de vista; he aquí los principales:

a) *Desde el punto de vista subjetivo,* esto es, del número de órganos que participan en la formación del acto, éste puede ser simple o complejo.

Actos simples son las declaraciones de voluntad de un solo órgano, que puede ser unipersonal o colegiado. El nombramiento de un Ministro es un acto simple, emanado de un órgano unipersonal. Los actos que emanan de cuerpos colegiados, tales como un Consejo Universitario o un Concejo Municipal, son actos simples porque proceden de un solo órgano; como éste es colegiado, tales actos se llaman *colegiales.*

Actos complejos son aquellas manifestaciones de voluntad para cuya elaboración es necesaria la intervención de dos o más órganos de la administración. Para que pueda hablarse de acto complejo, se requiere la unidad del contenido y la unidad de fin de las diversas voluntades que se funden para formar un solo acto jurídico. Una resolución conjunta, dictada por dos Ministros, es un acto complejo.

b) *Desde el punto de vista del procedimiento,* los actos administrativos pueden ser preparatorios, principales y definitivos.

Algunas veces sólo se emite una declaración de voluntad acerca de determinada cuestión, sin trámite previo alguno, como en el caso de que el Ministro de Relaciones Interiores, a solicitud de un ciudadano, lo autorice para portar arma de fuego. Otras veces, el procedimiento para la elaboración de un acto administrativo consta

de numerosos trámites y de decisiones de carácter previo, llamados *actos preparatorios*. Se llama *acto principal* la resolución dictada al final, como culminación del procedimiento administrativo, la cual ha de contener la voluntad esencial de la administración sobre el punto tratado, esto es, la concesión o negativa de lo pedido, el mandato, permiso o prohibición. En los procedimientos para obtener concesiones de hidrocarburos, arrendamientos de terrenos baldíos, contratos para la explotación de productos naturales vegetales, registro de marcas de fábricas o patentes de invención, son numerosos los actos preparatorios, entre otros, las órdenes dadas por la autoridad respectiva, de publicar las solicitudes introducidas, para que tengan posibilidad de oponerse a ella quienes puedan resultar perjudicados en caso de ser resueltas favorablemente. *Actos de ejecución* son los actos dictados para dar cumplimiento a un acto principal. La noción expresada del acto principal se opone, pues, a la noción del acto preparatorio y a la del acto de ejecución.

Acto *que ha causado estado* es el acto principal contra el cual es imposible interponer recurso administrativo alguno, bien por no existir recurso de esta naturaleza, o por haber vencido el plazo legal para intentarlo. En tal caso, se dice que se ha agotado la vía administrativa, pues el acto que ha causado estado constituye la palabra final de la administración sobre un problema determinado.

La expresión *acto definitivo* es usada en distintos sentidos. Para algunos autores (entre ellos, Sayagués Laso) el acto definitivo es el que ha causado estado, esto es, "el que resulta después de agotada la vía administrativa, una vez resueltos los recursos administrativos interpuestos o cuando se deja vencer el plazo para deducirlos, con lo cual el acto principal se vuelve irrecurrible, definitivo".[2] Para otros autores,[3] los actos definitivos son los que

2. Sayagués Laso. *Tratado*, t. I, Nº 243).
3. Nos referimos a Varela, *De lo Contencioso Administrativo*, Montevideo, 1906, t. I, p. 17, y Heredia, *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, 1942, p. 102, ambos citados por Sayagués Laso, en la citada obra, t. I, p. 393. Igualmente el profesor Antonio Moles Caubet en su trabajo inédito sobre Procedimientos administrativos utiliza las expresiones "acto definitivo" y "acto firme" en el sentido últimamente expresado.

resuelven el asunto planteado, poniéndole fin, sean o no susceptibles de recurso administrativo, y en caso de ser irrecurribles los califican de *firmes,* es decir, estos autores llaman "definitivos" los que hemos denominado "principales" y "firmes" los que los primeros llaman "definitivos".

c) *Actos de autoridad y actos de gestión.* Desde mediados del siglo XIX la jurisprudencia francesa admitió la distinción de los actos de los agentes de la administración en dos grandes categorías: actos de autoridad y actos de gestión. La teoría de la división de los actos administrativos en dicha forma adquirió prestigio en Francia y fuera de ella bajo la influencia del notable jurista Eduardo Laferrière, autor del *Tratado de la jurisdicción administrativa y de los recursos contenciosos,* obra editada por vez primera en 1887.

Laferrière afirmaba que la administración tenía una doble misión: de un lado, velar por la conservación de la riqueza pública y su debida inversión; del otro, la administración es la depositaria del poder, que es uno de los atributos del órgano ejecutivo. Para cumplir los fines de la primera parte de su misión, las facultades de la administración no exceden, en lo general, a las que los particulares poseen en virtud del derecho privado o que pueden derivar de las estipulaciones libremente consentidas; los actos que la administración ejecuta para cumplir esa parte de su misión son *actos de gestión regular.* Por el contrario, cuando se trata de hacer cumplir las leyes, de regular la marcha de los servicios públicos, de asegurar a los ciudadanos las ventajas de una buena policía, la administración en estos casos, obra como autoridad, como poder, y los actos que realiza son *actos de mando o de poder público.*

Esta diferenciación tiene como consecuencia subordinar a las reglas del derecho privado, la ejecución de los contratos administrativos, comprendidos entre los actos de gestión regular y no en la categoría de los actos de autoridad, realizados bajo el poder coactivo del Estado. Muchos autores no admiten que tan importante sector de la actividad administrativa quede sustraído al régimen del derecho administrativo. Por eso, algunos han concebido una clasificación tripartita, que es la siguiente: actos de *autoridad,* actos

de *gestión pública* y actos de *gestión privada*. Los actos de gestión pública son considerados de naturaleza mixta; en principio, por su naturaleza jurídica, análogos a los actos de gestión patrimonial, a los cuales puede vincularse el ejercicio de cierto poder de imperio; son, en síntesis, los contratos administrativos, análogos a los actos de gestión privada, por su carácter convencional, y a los actos de imperio, por su conexión con el funcionamiento de los servicios públicos e instituciones de utilidad pública.

La teoría que distingue los actos de autoridad y los de gestión ha sido abandonada por la doctrina moderna. Hoy se estima que la actividad del Estado está principalmente regida por el derecho público; y por excepción, aquellos contratos celebrados por las autoridades según los procedimientos del derecho privado, apartándose de la vía del derecho público, están regulados por las reglas del derecho civil o mercantil, según sea el caso, sin que se descarte la aplicación, en ciertos aspectos, de las normas del derecho público. Puede afirmarse con seguridad que en ningún caso los actos realizados por la administración están completamente libres del régimen del derecho público.

Finalmente, debemos observar, con respecto a la distinción comentada, que la inclusión de los contratos celebrados por la administración entre los actos administrativos está reñida con el concepto de tales actos en sentido preciso, que abarca sólo las declaraciones de carácter unilateral.

d) *Actos reglados y actos discrecionales.* Durante el siglo pasado se dividían también los actos administrativos, desde el punto de vista de la libertad de acción de las autoridades administrativas, en dos grandes categorías muy definidas: actos reglados y actos discrecionales. Se entendía por actos reglados aquellos que la autoridad debía realizar con entera sujeción a normas trazadas de antemano por el legislador. Actos discrecionales, por el contrario, eran aquellos en los cuales, las autoridades actuaban con cierto margen de libertad, pudiendo elegir, entre varias soluciones posibles, la que a su juicio apareciere más favorable para el interés general. Los primeros estaban sometidos a reglas precisas; los segundos, entregados a la prudencia de los administradores.

En la concepción doctrinaria expuesta, los actos reglados eran susceptibles de ser impugnados ante los órganos jurisdiccionales, en tanto que los actos discrecionales, no podían ser atacados por la vía jurisdiccional, dada la libertad de acción conferida al respecto a sus autores.

Esta clasificación ha sido también abandonada por la doctrina moderna. Hoy se reconoce que en algunos sectores de la actividad administrativa el legislador fija reglas de conducta de tal precisión que no deja libertad de elección a los administradores; en cambio, en otros aspectos, especialmente en lo referente a la policía del orden y a la sanidad, la ley concede a las autoridades la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa dentro de ciertos límites. Con propiedad puede hablarse de la existencia de un *cierto poder discrecional* de la Administración, variable según los diversos cometidos que a ésta conciernen; pero dada la variabilidad de ese poder, no es posible trazar una línea divisoria entre dos categorías de actos: reglados y discrecionales. Por otra parte, no es cierto que existan actos discrecionales que a causa de una naturaleza particular, no puedan ser impugnados ante los tribunales. Los actos realizados en ejercicio de poderes discrecionales pueden ser anulados judicialmente por diversos vicios; lo que no puede invocarse, en estos casos, para pedir la nulidad del acto, es la ilegalidad del sentido en que el autor ha determinado el contenido del acto. Estas consideraciones serán ampliadas al exponer la teoría de los poderes discrecionales.

e) *Desde el punto de vista del contenido de los actos administrativos,* se clasifican éstos en cierto número de figuras reconocidas y reguladas en las diversas leyes administrativas.

Las más conocidas entre esas figuras de actos administrativos son las siguientes: admisiones, concesiones, autorizaciones, aprobaciones, renuncias, actos punitivos, actos de expropiación y órdenes.[4]

1. *Las admisiones:* son las decisiones de la autoridad que tienen por efecto permitir el ingreso de un sujeto en un servicio, institución u organización determinados, o simplemente en una

4. Véase Zanobini, *ob. cit.,* t. I, p. 263.

categoría determinada de personas con el fin de hacerlo partícipe de algunos derechos o ventajas, o del goce de algunos servicios administrativos. Entre los actos de admisión preséntase el nombramiento de un individuo para un destino público, que le permite el ingreso en la administración y lo inviste de los derechos y atribuciones definidos en las leyes. Son también actos de admisión: las inscripciones de alumnos en planteles de educación, civiles o militares; la inscripción de electores en las listas electorales; la aceptación de un individuo como suscritor de un servicio público, como el de teléfonos, alumbrado o acueducto; la inscripción en un concurso para la provisión de un cargo público; la inscripción en una licitación.

2. Numerosos actos de administración, unos unilaterales, otros contractuales, reciben la denominación genérica de *concesiones*. El carácter común de todas las concesiones es que en virtud de ellas el concesionario adquiere "un derecho del que antes carecía" (Sayagués Laso). Las concesiones pueden ser *traslativas o constitutivas*. Las primeras son aquellas mediante las cuales el Estado o una entidad pública menor transfiere al concesionario poderes propios de la administración, tales como las concesiones de teléfonos, de transporte colectivo urbano, de alumbrado y de acueducto. Las segundas son aquellas, que fundadas en poderes conferidos por las leyes a la administración, ésta constituye en otras personas, nuevas facultades o nuevos derechos, como ocurre con la naturalización concedida a un extranjero, el conferimiento de condecoraciones y las concesiones sobre el uso de bienes del dominio público.

3. *Las autorizaciones* hacen posible que una persona ejerza un derecho o un poder que de antemano le pertenecía, pero para cuyo ejercicio existía un obstáculo legal. Difiere de la concesión en que de ésta nace un derecho o facultad que el concesionario no tenía antes, en tanto que la autorización no determina la adquisición de derechos o poderes en la persona que la obtiene, sino que la capacita para el ejercicio de los que ya le pertenecían.

Frecuentemente el legislador advierte que el libre ejercicio

de ciertos derechos puede causar daño a la colectividad, por lo cual estima conveniente, sin negar la existencia de tales derechos, subordinar su ejercicio a la autorización dada por las respectivas autoridades administrativas. En tal situación, la autoridad asume la potestad de apreciar en cada caso, según las circunstancias de hecho, si es oportuno o conveniente, dar o negar la autorización solicitada. La autorización tiene por efecto suprimir el obstáculo legal para que el poder o derecho preexistentes puedan cabalmente ser ejercidos. Unas veces la actividad autorizada consiste en hechos materiales, como en los casos de autorización para portar armas de fuego, construir edificios, talar y rozar en terreno propio. Otras veces, la actividad autorizada consiste en actos jurídicos, como en los casos de autorizaciones dadas para el funcionamiento de bancos, o con el objeto de pedir a un inquilino la desocupación de una casa, o para adquirir un extranjero inmuebles situados a menos de veinticinco kilómetros de distancia de las riberas del mar.

4. *La aprobación* es la manifestación de voluntad mediante la cual un órgano del Estado declara su conformidad con un acto ya formado por otro órgano estatal. Es posterior al acto aprobado, en tanto que la autorización debe ser anterior.

Acerca de la significación jurídica del acto de aprobación han surgido dos opiniones, que a continuación se resumen. Según algunos autores, el acto sujeto a aprobación no alcanza la plenitud de su eficacia jurídica mientras no haya sido aprobado y, por lo tanto, la decisión aprobatoria junto con la medida aprobada, forman un *acto complejo*. Otros sostienen, por el contrario, que la aprobación es un acto distinto a la medida a que se refiere, puesto que en ellos falta la unidad del fin, que es característica esencial del acto complejo, pues mientras que la disposición aprobada persigue un determinado fin práctico, el acto de aprobación tiende a verificar si en aquélla aparecen los elementos de legalidad y conveniencia. Los partidarios de la segunda opinión consideran que el acto principal es perfecto antes de ser aprobado, y que la aprobación sólo sirve para darle ejecutividad o efectividad. A nuestro parecer es más razonable la primera opinión: el acto sujeto a aprobación no alcanza su plenitud jurídica mientras no recae

la aprobación, y es desde ese momento que aquél produce sus efectos naturales.

Los nombramientos del personal docente hechos por un Rector de una universidad nacional, deben ser sometidos a la aprobación del Consejo Universitario. Al Congreso corresponde dar o negar su aprobación a los contratos de interés nacional que celebre el poder ejecutivo, salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o que los permita la ley (art. 126 de la Constitución). Al Concejo Municipal del Distrito Federal corresponde dar o negar su aprobación a los contrato que celebre el Gobernador (Ordinal 5º del artículo 41 de la L y Orgánica del Distrito Federal). Los contratos que celebra el Instituto Nacional de Obras Sanitarias requieren para su eficacia, la aprobación del Ejecutivo Nacional (artículo 13 del Reglamento del INOS). Negada la aprobación en cualquiera de estos casos, el acto principal no produce efectos ni puede ser invocado por terceros.

5. *Actos de renuncia* son aquellas manifestaciones de voluntad de la autoridad administrativa mediante las cuales se declaran extinguidos graciosamente créditos o derechos pertenecientes al Fisco. En tesis general, la administración pública no puede renunciar a los derechos del Fisco. Sólo puede hacerlo en los casos particularmente señalados por la ley. Entre nosotros, la Constitución dispone que las exoneraciones de impuestos u otras contribuciones sólo pueden concederse en los casos previstos en la ley (art. 224). El ejecutivo nacional puede conceder remisión o rebaja de las deudas atrasadas contraídas para con el fisco nacional, en las circunstancias señaladas en la ley y mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella (artículo 49 de la L.O.H.N.).

6. *Actos administrativos punitivos* son las decisiones de la autoridad administrativa que imponen sanciones a las personas que infringen las leyes o reglamentos o los contratos celebrados con la administración. Los actos punitivos realizados por la vía administrativa pueden consistir en *multas,* o sea, sanciones pecuniarias, impuestas a los infractores de la ley, en virtud de disposición de la ley misma, y dentro de los límites fijados en ésta; o también

en *sanciones disciplinarias,* tales como la *amonestación, la suspensión de empleo* y *la destitución,* aplicables por los superiores jerárquicos a los empleados subalternos; y, finalmente, en la declaración de *caducidad* de un contrato o concesión, cuando el contratista o concesionario han dejado de cumplir las obligaciones que tiene a su cargo.

7. *Actos de expropiación.* Se designan así todas las medidas dictadas por las autoridades administrativas que establecen limitaciones a la propiedad privada con miras a atender fines de utilidad pública y social. Entran, pues, en esta categoría, tanto el decreto de expropiación propiamente dicho, o *decreto de ejecución,* que designa la finca que ha de ser adquirida forzosamente para la ejecución de una obra de utilidad pública o social, como también la *orden de ocupación temporal,* dictada por el respectivo Gobernador, en caso de haber necesidad de realizarse estudios u operaciones auxiliares a la ejecución, en fincas distintas de la que ha de ser expropiada.

8. *Ordenes.* Se entiende por *órdenes,* las disposiciones emanadas de la autoridad administrativa que imponen a los empleados subalternos que de ella dependen, o a los particulares, la obligación de realizar determinados hechos, o la prohibición de ejecutar otros. Por eso, las órdenes pueden consistir en *mandatos o prohibiciones.* Son mandatos u órdenes positivas cuantas instrucciones imparten los superiores a sus subalternos, de realizar actos materiales, dentro del círculo de la competencia de aquél, así como la orden dirigida por la autoridad respectiva a un propietario, de reparar las instalaciones sanitarias de su casa, e igualmente, la de pintar la fachada de la misma. Ejemplos de órdenes negativas son: las prohibiciones de reuniones públicas o de espectáculos públicos, por razones de orden público o de seguridad, y las prohibiciones que pueden imponer las autoridades sanitarias para impedir el contagio o la propagación de ciertas enfermedades.

CAPITULO XI

ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO. EL PROCEDIMIENTO CONSTITUTIVO. RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONTRA DICHOS ACTOS. EJECUTIVIDAD Y EJECUTORIEDAD

72. *Noción general*

El análisis de un acto administrativo, como el de todo acto jurídico, revela que está compuesto de un conjunto de elementos de cuya regularidad depende la validez de aquél.

Los elementos esenciales que integran el acto administrativo son: la competencia del órgano, la voluntad, el contenido, los motivos, la finalidad y las formalidades.

73. *Competencia del órgano*

Todo acto administrativo es dictado por un órgano de una persona pública estatal, esto es, de la nación, de un Estado, de un municipio o de un instituto oficial autónomo. La persona física investida con el carácter de órgano de una de aquellas entidades debe poseer aptitud legal para efectuar el acto, y proceder con el carácter expresado.

En consecuencia, es necesario: a) Que el acto esté comprendido dentro del círculo de materias atribuidas a la respectiva entidad estatal; b) Que esté al mismo tiempo incluido en las atribuciones del órgano que lo ha dictado.

El decreto de naturalización, por ejemplo, es un acto atribuido a la competencia del poder nacional, y dentro de éste, el órgano calificado para expedirlo es el Presidente de la República. Todo lo concerniente a la propiedad industrial corresponde también al poder de la nación, y el órgano autorizado para acordar el registro de una marca de fábrica es el Registrador de la Propiedad Industrial.

La competencia, o sea, la aptitud legal de los órganos de la administración, no se presume. Debe emerger del texto expreso de una regla de derecho, ya sea de la Constitución, la ley, el reglamento o la ordenanza. Para la validez de los actos administrativos es, pues, necesario que la cualidad del autor esté definida en una norma atributiva de la competencia. A falta de disposición expresa, la autoridad carece de cualidad para efectuar el acto contemplado.

74. *Voluntad*

Siendo todo acto administrativo una manifestación de voluntad, según el concepto que hemos expuesto, es evidente que la voluntad administrativa es un elemento esencial de aquél.

Se presume que la intención o voluntad real de la autoridad sea efectivamente la expresada en la *declaración* o disposición formal con que el acto concluye. Si llega a comprobarse una contradicción entre la declaración emitida y la voluntad real, el acto estará viciado de nulidad.

La voluntad de las autoridades podrá estar viciada por el error, el dolo o la violencia, y en uno cualquiera de dichos casos, el acto administrativo es susceptible de anulación.

75. *Contenido*

Llámase contenido del acto administrativo lo que con él la autoridad ha querido disponer, ordenar o autorizar. El contenido varía según la figura del acto administrativo, como pudimos verlo en la respectiva clasificación (admisiones, concesiones, autorizaciones, aprobaciones, renuncias, sanciones, expropiaciones y órdenes).

La doctrina distingue en el contenido del acto administrativo, tres partes, a saber: una natural, una implícita, y una tercera, eventual.

La *parte natural* es indispensable en el acto. Sirve para caracterizarlo, para que no pueda confundirse con un acto distinto. El contenido natural de la concesión consiste en que el concesio-

nario adquiera un derecho de que antes carecía; y el de las renuncias, es la voluntad del Estado, de extinguir graciosamente créditos o derechos del Fisco. Sin tales elementos, no existen ni uno ni otro de tales actos administrativos.

La *parte implícita* es aquella que, por disposición legal, se halla comprendida en el acto administrativo, aunque no aparezca en cláusula expresa. La parte implícita se halla, pues, en las leyes reguladoras del acto administrativo de que se trate.

La *parte eventual* comprende cláusulas que pueden o no figurar en el acto administrativo; y que pueden ser modificativas de las cláusulas implícitas.

El contenido de los actos administrativos debe estar ceñido a las reglas generales preestablecidas que le conciernen, tanto las de orden constitucional, como las de orden legal o reglamentario.

76. *Motivos*

Se entienden por motivos del acto administrativo, las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso justifican la emisión de aquél. Por ejemplo, efectuado un concurso de *designación,* el nombramiento recaído en el ganador se basa en dos motivos: uno, de derecho, la disposición que regula el concurso; otro, de hecho, el veredicto del jurado. Asimismo, toda multa se funda en un motivo de derecho, que es la disposición legal que la prevé, y en un motivo de hecho, que es la infracción cometida por el multado. Si el hecho resulta falso, o la disposición legal había sido derogada o declarada nula, el acto realizado sería inválido.

77. *Finalidad*

El fin perseguido por la autoridad, al dictar el acto administrativo, debe corresponder al interés general y a aquellos fines específicos a los que cada decisión debe estar dirigida. Toda resolución de las autoridades administrativas debe concordar con el propósito o finalidad del legislador, al conferirles competencia para dictarla. En cada caso deberá averiguarse cuál ha sido el propósito

legislativo, al dar poderes a un funcionario para cumplir determinado acto, y es esencial para la validez de este último, su conformidad con aquel propósito. Si la autoridad se aparta del fin que el legislador se propuso alcanzar, el acto administrativo adolecerá de *desviación de poder*, porque en tal caso, puede afirmarse que el funcionario ha desviado sus poderes de los fines de la ley.

78. *Formalidades*

Entre las formalidades debemos distinguir: a) El conjunto de trámites que forman el *procedimiento constitutivo* del acto administrativo, siendo de advertir que la omisión de algunos de esos trámites vicia la validez del acto, la de otros no; b) La *forma* del acto, o sea, el conjunto de requisitos concernientes a la declaración de la voluntad administrativa; c) Las *formas complementarias*, posteriores al acto, las cuales son extrañas a la validez del mismo, y sólo condicionan su eficacia.

El conjunto de trámites, requisitos y modalidades necesarios legalmente para la elaboración de un acto administrativo es lo que que se denomina el procedimiento constitutivo del mismo. Merkl ha escrito que "los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo". No existe un procedimiento uniforme para la elaboración de los actos administrativos. Para conocer las normas referentes a la conformación de cada acto administrativo es necesario consultar la ley especial de la materia. Algunas veces se trata de un procedimiento complejo, como los que pautan las leyes relativas al registro de las marcas de fábrica, la obtención de las patentes de invención y las concesiones de hidrocarburos. Otras veces el procedimiento es simple, y está constituido por una sola actuación, como los nombramientos de Directores de los Ministerios.

La *forma* propiamente dicha del acto administrativo está integrada por los requisitos que ha de revestir la declaración de voluntad. La declaración de voluntad ha de hacerse en la forma prescrita por la ley. Para ciertos actos administrativos, la ley requiere la forma del decreto, caso en el cual el acto carecería de vali-

dez si se hiciere en forma de resolución. Ordinariamente la declaración de voluntad reviste forma escrita; en casos excepcionales se admite la forma oral, como en el caso de las órdenes impartidas a los subalternos instalados en la propia oficina del superior, y las órdenes de ejecución inmediata, expedidas en el cumplimiento de las actividades policiales. Son también admitidas en ciertos casos las órdenes manifestadas con señales, como las impartidas a los conductores de vehículos por las autoridades del tránsito.

Sólo en presencia de un texto legal expreso, se admite que el silencio tenga el valor de una decisión. Esto ocurre en algunas legislaciones, cuando transcurrido el plazo legal para que las autoridades se pronuncien sobre un problema en un sentido o en otro, especialmente en materia de reclamaciones contra el Estado, o de recursos interpuestos contra actos administrativos, se reputa el silencio administrativo como denegatorio de lo pedido. En Venezuela, la Ley de la Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público interpreta en sentido denegatorio la falta de resolución del ejecutivo nacional, después de sesenta días hábiles de introducida ante el Ministerio competente, la reclamación que se formule contra el Fisco nacional; vencido el referido plazo, el reclamante queda facultado para intentar demanda contra el Fisco por ante la Corte Suprema de Justicia (art. 63 de la Ley de la Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público).

Para la obligatoriedad del acto administrativo, es necesario el cumplimiento de las *formas complementarias,* esto es, trámites posteriores al acto principal. Las formas complementarias son: la *notificación* y la *publicación.* La publicación es indispensable cuando la ley lo exige, y en tal caso, el acto no produce efectos sino después de su inserción en el órgano oficial; por ejemplo, los reglamentos son obligatorios desde su publicación en la *Gaceta Oficial* o desde la fecha posterior que en ellos se indique. Las decisiones de carácter individual, salvo exigencia expresa de la ley, no requieren ser publicadas; basta que sean notificadas al interesado: las liquidaciones de impuestos y las imposiciones de multas, por ejemplo, se notifican a la persona afectada por esas decisiones, y desde el día de la notificación corren los términos para interponer recursos,

y desde esa misma fecha se calculan los intereses moratorios a favor del Fisco.

79. *Recursos administrativos*

Dictado un acto administrativo por la autoridad competente, quienes tengan interés en su revisión, pueden pedirla a la administración, a fin de que lo confirme, lo modifique o revoque. Los recursos administrativos son los medios de que disponen los particulares para obtener por la vía administrativa la reconsideración de aquellos actos que estimen ilegales o inoportunos.

Los recursos administrativos son dos: el recurso de *reposición* o de *gracia,* o sea, la solicitud dirigida al propio autor del auto, para que lo revoque o reforme; y el recurso *jerárquico,* o sea, la solicitud dirigida ante el superior jerárquico, para que éste revise la decisión impugnada, y la revoque o reforme. Así, la ley de Sanidad Nacional dispone que de las multas que impongan los Jefes de Unidades Sanitarias se apelará ante el Ministro de Sanidad y Asistencia Social: este es un caso típico de recurso jerárquico. Según la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, salvo disposiciones especiales, de las multas impuestas por los Inspectores y Fiscales de Hacienda y por los Administradores de las Rentas Nacionales, podrá apelarse para ante el respectivo Ministro. Algunas veces la ley niega expresamente el recurso jerárquico contra determinados actos administrativos. Por ejemplo, la Ley del Trabajo (art. 198) niega el derecho de apelación contra la decisión del Inspector del Trabajo respecto al despido de un trabajador amparado por el fuero sindical. El derecho a ejercer el recurso jerárquico o de apelación ante la autoridad administrativa de superior jerarquía existe ordinariamente, sin necesidad de texto expreso de la ley que lo consagre. Por el contrario, se requiere texto expreso de la ley para negar dicho recurso, o para limitarlo. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente nuestro más alto tribunal. En sentencia de fecha 6 de diciembre de 1955 expuso la Corte Federal: "Ahora bien, es de principio que en el Estado de derecho la apelación es concedida a todo aquel que se siente lesionado por una decisión administrativa, siendo taxativos los casos en que

no procede el recurso. Cuando éste es negado expresamente por la ley, tal negación ha de entenderse expresamente limitada al caso específicamente contemplado por el legislador, sin que pueda extenderse a otras situaciones por interpretación analógica. Por ello, como la negativa de ese derecho constituye una derogatoria de los principios, ya que la apelación es la regla, debe el intérprete ceñirse estrictamente a los precisos términos de la ley, cuando el recurso es negado".[1]

80. *Efectos del acto administrativo*

Entendemos por *acto perfecto,* aquel que está completamente formado, esto es, el acto en cuya elaboración se han cumplido todos los trámites del procedimiento constitutivo y que reúna los requisitos de forma exigidos por la ley. El acto puede ser perfecto, y no ser todavía *eficaz,* por cuanto su obligatoriedad o eficacia dependa de una condición suspensiva o de un término o del cumplimiento de una de las formas complementarias, la publicación o la notificación, según el caso. En estos casos, el acto administrativo, aunque haya sido regularmente dictado, y ser por ello, *válido,* no es todavía eficaz, pues sus efectos naturales no se producen aún. La invalidez de un acto administrativo resulta de los vicios de forma o de fondo de que pueda adolecer.[2]

81. *Ejecutividad y ejecutoriedad*

La ejecutividad es la cualidad de ejecutivo, o lo que es igual, la cualidad del acto administrativo que puede ser ejecutado. La ejecutividad tiene la misma significación que la eficacia. El cumplimiento de la condición suspensiva, o del término, le confiere al acto administrativo, carácter ejecutivo, porque hace posible su ejecución.

La ejecutoriedad es la posibilidad para la administración, de ejecutar el acto administrativo por sus agentes, y aun por medios

1. En igual sentido se han pronunciado la doctrina y la jurisprudencia italiana. Es la opinión del profesor Sayagués Laso en su citado Tratado, t. I, N° 122.
2. Véase Zanobini, *ob. cit.*, t. I, p. 292.

coercitivos, en caso de resistencia de las personas afectadas, sin necesidad de intentar demanda ante un tribunal. La ejecutoriedad es característica de aquellos actos administrativos que imponen a las personas, deberes o restricciones. La ejecutoriedad supone que el acto sea ejecutivo, esto es, eficaz.

La fuerza ejecutoria de los actos administrativos constituye un verdadero privilegio para la administración. Los particulares, cuando pretenden exigir a alguno el cumplimiento de una obligación, en caso de resistencia del obligado, tienen que acudir ante los Tribunales, y obtener sentencia favorable y firme, la que podrá ser ejecutada, aun con el auxilio de la fuerza pública.

En cuanto a los actos administrativos o decisiones unilaterales de la autoridad, pueden ser ejecutados por ésta, como antes se dijo, por medio de sus propios agentes, sin necesidad de mediación tribunalicia. Tal ocurre con la orden de clausura de una casa de vecindad, por inhabitable, dispuesta por las autoridades sanitarias; o la de demolición de un edificio, expedida por la ingeniería municipal, por haber sido construido sin el correspondiente permiso; o la de decomisar y destruir los productos alimenticios inaptos para el consumo humano, dada por la autoridad sanitaria. El particular que se crea afectado por una decisión de esa naturaleza y estime que la administración ha procedido ilegalmente, podrá acudir a los órganos de la justicia, para pedir la nulidad del acto administrativo, o la condena de la administración, al pago de una indemnización de daños y perjuicios.[3]

3. Véase Zanobini, *ob. cit.*, t. I, p. 294.

CAPITULO XII

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA Y SUS RESTRICCIONES

82. *Noción general*

El Estado moderno ha sido denominado *estado de derecho*, porque en él todos los actos de la administración están dominados por el principio de la legalidad, o sea, la regla según la cual la administración debe actuar conforme al derecho.

Bajo las monarquías absolutas era admitido que el Estado se hallaba colocado por encima del derecho, que los gobernantes no tenían el deber de obediencia frente a las normas jurídicas. *Regis voluntas suprema lex* era la fórmula que condensaba entonces la negación de la autoridad del derecho frente a los depositarios del poder. Lo que caracteriza y define el estado de derecho con respecto al régimen de policía es la afirmación, en nuestra época, del principio de la legalidad.

Aplicado a la administración, tal principio significa, no sólo que aquélla está sometida a las reglas de derecho dictadas por el Constituyente y los cuerpos legislativos, sino también que está sujeta a las reglas de derecho elaboradas por ella misma. El poder ejecutivo debe ceñir sus actos a las disposiciones de sus propios reglamentos. Los Concejos Municipales, investidos de la potestad de dictar ordenanzas sobre materias de la competencia municipal, están sometidos en sus actividades a lo dispuesto en dichas ordenanzas. Así como el poder ejecutivo puede derogar o reformar los reglamentos dictados por él mismo, pero no infringirlos, mientras estén vigentes, los Concejos Municipales pueden derogar o modificar total o parcialmente sus propias ordenanzas, pero deben acatar sus normas mientras se hallen en vigor. Se denomina *autovinculación* la sujeción de las autoridades administrativas a sus propias normas.

El principio de la legalidad administrativa impone a las autoridades la obligación de ceñirse en todas sus decisiones a las reglas jurídicas preestablecidas, contenidas en la Constitución, las leyes ordinarias, los decretos-leyes, los tratados, los reglamentos y ordenanzas y demás disposiciones de alcance general.

El principio de legalidad se aplica, tanto a los actos administrativos individuales, como a los actos administrativos generales. Los actos administrativos individuales, esto es, las medidas o decisiones de carácter particular, para su validez, deben estar ceñidos a las normas generales preestablecidas. Los actos administrativos generales, como los reglamentos, deben tener su fundamento en la Constitución y en la ley, y no pueden infringirlas.

Aunque no estuviere consagrado en el derecho positivo, por interpretación lógica de la estructura democrática de las Constituciones y leyes de los Estados modernos, se admite el principio de la legalidad, en el sentido de que cada una de las actuaciones administrativas "requiere vinculación legal" (Merkl). En la Constitución Federal austríaca de 1920 el citado principio aparece en la siguiente declaración: "Toda la administración del Estado reposa sobre bases legales". Entre nosotros, tal principio está expresado en el artículo 117 de la Constitución, cuyo tenor es el siguiente: Artículo 117. "La Constitución y las Leyes definen las atribuciones del poder público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio". La Corte Federal ha declarado: "todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas. De ahí el principio de la *legalidad* de los actos administrativos, según el cual éstos carecen de vida jurídica, no sólo cuando les falta como fuente primaria un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley" (sentencia de 17 de julio de 1953).

Nada valdría el principio de legalidad si su efectividad no estuviera garantizada contra posibles violaciones del mismo. Los administrados pueden acudir a los órganos jurisdiccionales para pedir la anulación de los actos administrativos ilegales, u oponer como defensa, la excepción de ilegalidad, cuando se haya intentado

contra ellos. una demanda fundada en un acto administrativo que ellos estimen ilegal. La acción de nulidad, basada en la ilegalidad del acto, y la excepción o defensa de ilegalidad, son las vías de derecho, abiertas a los particulares, para obtener la sanción de las infracciones del principio de legalidad.

83. *Formas de ilegalidad*

La ilegalidad de un acto administrativo puede manifestarse de diferentes modos. Como se expuso anteriormente, todo acto administrativo está compuesto de una variedad de elementos, de cuya regularidad depende la validez de aquél.

Dijimos que los elementos integrantes del acto administrativo son: la competencia del órgano, la voluntad, el contenido, los motivos, la finalidad y las formalidades. Basta que uno de esos elementos esté en contradicción con una norma jurídica, para que el acto administrativo se repute ilegal. A la irregularidad jurídica de cada uno de los elementos del acto administrativo, corresponde un tipo de ilegalidad.

a) Para la validez del acto administrativo es preciso que lo efectúe una autoridad a quien esté conferida legalmente su formulación. El ejercicio de la función pública por un individuo distinto del llamado por la Ley a ejercerla, constituye una forma de ilegalidad: la incompetencia. Puede ocurrir que el acto lo efectúe un particular, desprovisto de toda investidura, que indebidamente asuma o ejerza funciones públicas: es lo que se denomina "usurpación de funciones", hecho erigido en delito y sancionado por el artículo 214 del Código Penal. Otras veces la autoridad invade la competencia de otros órganos del Estado: es una variedad de la usurpación de atribuciones, denominada invasión de funciones. En uno u otro caso, el vicio de incompetencia es una forma de ilegalidad que invalida el acto.

b) Si falta la voluntad administrativa, el acto carece de existencia. Anteriormente se apuntó que la contradicción entre la voluntad real y la declarada vicia el acto; y que el error, el dolo y la violencia son vicios de la voluntad. Cualquiera de tales defectos

es causa de ilegalidad, si bien, subsanable algunas veces, según lo veremos posteriormente.

c) Con relación al contenido del acto, es de advertir que si la medida adoptada estaba prohibida por la ley de manera absoluta, o sólo permitida en determinadas circunstancias que no se han cumplido, el acto adolece de ilegalidad. Por ejemplo, la Ley General de Bancos prohibe a los bancos comerciales conceder préstamos por un plazo mayor de dos años; por lo tanto, si una resolución ministerial autorizara a esos bancos a excederse del plazo indicado, dicha resolución sería, por su contenido, ilegal. También estaría viciada de ilegalidad la resolución del Ministerio que autorizara el funcionamiento de un banco comercial con asiento principal en el Distrito Federal con un capital pagado menor de ocho millones de bolívares, siendo que la ley exige, como condición indispensable para que pueda otorgarse dicha autorización, que el capital pagado en dinero efectivo no sea menor de la suma expresada.

d) Si resultaren erróneos los antecedentes de hecho o de derecho que hayan sido los motivos indicados por el autor, el acto queda viciado por ilegalidad en razón de los motivos. Por ejemplo, si por resolución del Consejo Universitario se acuerda la jubilación de un profesor, fundada en el cumplimiento de veinticinco años de servicio (art. 90 de la Ley de Universidades), y después se comprueba la falsedad de esta circunstancia, dicha resolución estaría viciada de ilegalidad. Lo mismo ocurriría si la norma legal en que se funda una resolución no existe, ya por haber sido derogada, o declarada nula por sentencia de la Corte Suprema, o por no haber empezado todavía a regir, por falta de publicación en la *Gaceta Oficial* o por no haber llegado la fecha posterior que ella misma indique para su entrada en vigor.

e) Si el acto ha sido efectuado por autoridad competente, sin infracción de regla legal en cuanto a su contenido, y en general, llenas las condiciones de fondo y de forma para parecer correcto, pero se prueba que su autor tuvo una finalidad distinta de aquella prevista por la ley, el acto adolece de *desviación de poder*, que es otra forma de ilegalidad.

El funcionario que se aparte de los fines debidos puede perseguir: o fines completamente extraños al interés público, como en los casos en que aquél toma una decisión para obtener para sí o para un tercero un enriquecimiento ilícito, o para causar daño a un adversario, o favorecer a un partido; o bien el funcionario procura alcanzar alguna meta relacionada con el interés público, pero distinta de los fines legales específicos del acto, lo que es también ilícito. Por ejemplo, la negativa de un permiso de construcción, fundada en razones aparentemente legales, pero que en realidad se inspira en evitarle mayores gastos al erario público, en vista de una posible expropiación futura: es un acto ilegal, por desviación de poder, porque esa consideración es extraña a la ley, aunque en tal forma, el autor haya sido impulsado por motivaciones de evidente interés público.

f) Finalmente, si el acto no reviste la forma requerida por la ley, o bien, si en el procedimiento constitutivo se han omitido u observado incompletamente formalidades esenciales, el acto adolecería de ilegalidad. Si la Constitución o la ley requieren la forma del decreto para un acto determinado, y éste ha sido dictado en forma de resolución, carece de validez. Lo mismo si la ley requiere entre las formalidades procesales, la publicación de la solicitud, para que los terceros interesados puedan hacer oposición dentro de cierto término, y dicha publicación se omite, el acto dictado adolecería también de ilegalidad. Es de observarse que no toda omisión de formalidades es causa de invalidez del acto; es preciso que tengan el carácter de trámites esenciales.

Los vicios expresados bajo las letras a), b), c), d) y e) integran la ilegalidad material del acto administrativo. La ilegalidad formal está constituida por los defectos en cuanto a forma y procedimientos señalados bajo la letra f).

84. *Limitaciones al principio de legalidad*

Cuando se examina el principio de legalidad, se advierten dos tipos de intereses que se hallan en conflicto en el desarrollo de la actividad administrativa: de un lado, la necesidad de salvaguardar los derechos de los administrados contra los eventuales abusos de

la administración; y del otro, la necesidad de dotar a ésta de un margen de libertad de acción.

En efecto, se debe evitar la arbitrariedad administrativa, y para ello es preciso que los administradores estén sujetos a reglas jurídicas; pero por otra parte, esta sujeción no debe ser excesiva, hasta el grado de convertir a las autoridades en autómatas, en ejecutores mecánicos de decisiones dictadas anticipadamente por el legislador, lo que sería perjudicial para la colectividad, porque la oportunidad de tomar ciertas medidas no puede ser apreciada de antemano y por vía general, sino en el momento preciso de actuar en los casos concretos que vayan ocurriendo, y en contacto con la realidad, y también porque esa rigurosa sumisión a las normas preestablecidas, aniquilaría en los cuadros de la administración el espíritu de iniciativa.

Entre otros medios de asegurar a los administradores un margen de libertad, se han concebido la teoría de los poderes discrecionales, la teoría de las circunstancias excepcionales y, en fin, la de los actos de gobierno. Estas tres teorías constituyen límites a las consecuencias del principio de legalidad.

85. *Teoría de los poderes discrecionales*

En numerosos casos, en presencia de determinadas circunstancias de hecho, la autoridad administrativa tiene la libertad de escoger entre varias decisiones posibles; se dice entonces que la autoridad ejerce poderes discrecionales. "Hay poder discrecional —escribe Michoud— siempre que una autoridad actúa libremente, sin que su conducta le sea dictada de antemano por una regla de derecho". Por ejemplo, el Presidente de la República tiene en materia de expulsión de extranjeros, un poder discrecional; esto significa que en presencia de la conducta de un extranjero residente en el país, el Jefe del Estado, según su libre apreciación, puede decidir si lo expulsa o no. En materia sanitaria, las autoridades tienen poderes discrecionales para la aplicación de las medidas tendientes a evitar la propagación de las enfermedades contagiosas.[1]

1. Véase Laubadère. *Traité Elémentaire*. París, 1957. núm. 397.

En cambio, existe poder reglado en los casos en que, en presencia de ciertas circunstancias de hecho, la autoridad está obligada a tomar una sola decisión, señalada por la ley; no tiene libertad de escoger entre varias posibles decisiones; su conducta le está dictada de antemano por el derecho. Por ejemplo, la ley determina los requisitos necesarios para que un industrial pueda obtener el registro de una marca de fábrica; introducida por el interesado la solicitud respectiva, y cumplidos los trámites legales, el Registrador de la Propiedad Industrial carece de libertad de acción en cuanto a la decisión por tomar: si la solicitud se encontrare incursa en alguna prohibición legal, se negará el registro de la marca, y en caso contrario, se ordenará. Igualmente, los Rectores de las Universidades Nacionales, deberán expedir grados, títulos y certificados de competencia a todos aquellos que los pidan, y acrediten haber cumplido los requisitos pautados en los reglamentos respectivos: no tienen el poder de apreciar libremente la conveniencia u oportunidad de acceder a lo pedido, o de rechazarlo.

Cuando existe poder discrecional, la autoridad disfruta de la libertad de escoger la solución que estime más conveniente y oportuna. Si se trata de una competencia o de un poder reglado, la autoridad, independientemente de su opinión personal, está en el deber de tomar las medidas que dispone la ley.

Conviene observar que la existencia de poderes discrecionales en ciertas áreas de la administración constituye una limitación, pero nunca una supresión del principio de legalidad. Aun cuando las autoridades actúen en ejercicio de poderes discrecionales, la validez de sus actos dependerá de su regularidad jurídica en cuanto a los elementos denominados competencia del órgano, voluntad, finalidad y motivos del acto y, en fin, en lo relativo a los procedimientos y formas requeridos. La idea de la discrecionalidad no afecta tales elementos del acto administrativo; sólo mira al contenido del acto, o, para expresarlo con toda precisión, a la correspondencia del contenido del acto con los motivos o antecedentes de hecho. Cuando la ley confiere al funcionario poderes reglados, eso significa que le ordena adoptar cierta medida, basado únicamente en un antecedente de hecho determinado por la propia

ley; en cambio, si se trata de poderes discrecionales, el legislador confiere al funcionario facultades para tomar ciertas decisiones y lo autoriza a un tiempo para apreciar por sí mismo los casos en que deberá tomar la una y no la otra de tales decisiones.

Hace algunas décadas se hacía la división de las decisiones de la autoridad, en actos reglados y actos discrecionales o de pura administración. Respecto de éstos, no era admisible ninguna objeción fundada en la irregularidad jurídica; tales actos, por la naturaleza particular que se les atribuía, estaban libres de todo control de legalidad. No eran susceptibles de ser impugnados ante ningún Tribunal: gozaban de inmunidad jurisdicional. La expresada distinción ha sido abandonada por la doctrina moderna. Hauriou observó que *no existen actos discrecionales, sino un cierto poder discrecional* de las autoridades administrativas, y esta opinión es en la actualidad aceptada unánimemente. En efecto, los actos para los cuales la administración dispone de un poder discrecional no escapan al control de legalidad: pueden ser ilegales, como antes lo advertimos, y en consecuencia, ser declarados nulos, por incompetencia del órgano, vicio de forma o inexistencia de los motivos alegados o desviación de poder. No pueden, en realidad, ser declarados ilegales por su contenido, esto es, por la solución elegida por la autoridad; pero ello se debe, no a la naturaleza particular de la decisión, sino a la libertad de acción que la ley ha dado al funcionario, para fijar el sentido de su determinación.

"*El poder discrecional* —escribe Bonnard— *consiste en la libre apreciación dejada a la administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer.* Consiste *en la libre apreciación, por la administración, de la oportunidad de su actividad.* Así, la administración investida de un poder discrecional está legalmente libre en su actividad: no está sometida a ninguna obligación jurídica; no puede cometer ilegalidades". El mismo autor enseña que si para una cierta actividad la ley o el reglamento fijan de antemano los motivos, o sea, los actos o situaciones de hecho o de derecho que la precedan, provoquen y ocasionen, quedará determinado implícitamente por ello mismo, si esta actividad podrá ser ejercida, en qué oportunidad y de qué modo podrá hacerlo. Si los motivos de una

cierta actividad están previstos por la ley, esto implica, que la ley ha querido, dando los motivos, imponer una cierta actividad. De estas ideas desprende Bonnard el criterio que a su juicio permite decidir en cuáles casos se está en presencia de un poder discrecional y cuándo estamos en presencia de un poder reglado. Si la ley o el reglamento enuncian los motivos de ciertos actos, la administración está implícitamente obligada, a actuar o a abstenerse, o a actuar de cierta manera, a tomar una decisión o a no tomarla, y aun a tomar una decisión con cierto contenido. Si por el contrario, la ley o el reglamento, prevén una competencia, sin indicar los motivos en virtud de los cuales dicha competencia será ejercida, habrá poder discrecional, porque en ese caso, la administración tendrá libre poder de apreciación para decidir lo que es oportuno hacer. Todo lo cual se condensa en la siguiente fórmula: que hay poder reglado cuando la ley o el reglamento enuncian los motivos por los cuales la competencia creada por aquélla o por éste podrá ejercerse; y en caso contrario, hay poder discrecional.[2]

A nuestro parecer, existe poder discrecional, no sólo cuando falta la enunciación de los motivos para el ejercicio de una competencia, sino también en los casos en que aun previstos los motivos o situaciones de hecho, queda la administración en libertad de adoptar, entre varias medidas posibles, la más conveniente conforme a su propia apreciación.

86. *Teoría de las circunstancias excepcionales*

En Francia, el Consejo de Estado ha forjado la teoría de las circunstancias excepcionales, que acepta la validez de ciertas decisiones de la administración, que aunque contrarias a las reglas legales, aparecen plenamente justificadas en ciertas circunstancias, en vista de la necesidad de asegurar el mantenimiento del orden público y el funcionamiento de los servicios públicos.

En los años de la Primera Guerra Mundial fue concebida esta teoría. En esa época, y lo mismo durante la Segunda Guerra Mundial, la circunstancia considerada fue la *circunstancia de guerra*

2. Véase Bonnard. *Précis*. París, 1943, p. 75.

y de allí derivaron para el ejecutivo, *los poderes de guerra,* o sea, facultades no previstas en el ordenamiento jurídico, de las cuales podía hacer uso el ejecutivo mientras durase la crisis bélica. Posteriormente ha sido aplicada con mayor extensión, a períodos de dificultades considerados como consecuencias de la guerra; en tiempos de paz, a los períodos críticos, ante las amenazas de huelga general; y en fin, fuera de todo período de crisis general, cuando se ha estimado que la correcta aplicación de las normas jurídicas, significaría un grave peligro de turbación del orden público.

Fúndase esta teoría en que el deber primordial de la administración es asegurar el mantenimiento del orden público, y la marcha normal de los servicios públicos, y que si al cumplimiento de tal deber se opone, en ciertas circunstancias, la vigencia de las reglas de derecho, la administración debe estar facultada, en la medida en que sea necesario, para remover esos obstáculos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado para el ejercicio de los poderes de excepción, los límites que a continuación se expresan:

a) No podrán ser ejercidos esos poderes sino únicamente durante el lapso de la crisis que los ha requerido;

b) El ejercicio de los poderes excepcionales sólo significa una ampliación de las competencias normalmente conferidas por la ley a la administración, un ensanche del dominio de la actividad administrativa. Por lo tanto, el régimen de legalidad no queda, en tales circunstancias, suprimido de un modo absoluto. En consecuencia, los administrados conservan la facultad de pedir, dentro de ciertas limitaciones, la anulación de las medidas tomadas a título de poderes de excepción. En estos casos, el Consejo de Estado verifica si los poderes que la administración ha asumido en vista de la necesidad, eran o no realmente necesarios para el cumplimiento de su misión.

c) Finalmente, los administrados conservan la facultad de demandar a la administración, por el resarcimiento de los daños y perjuicios que les causen las decisiones tomadas en ejercicio de los poderes de excepción.[3]

3. Véase Laubadére, *ob. cit.* núms. 405 y ss.

La teoría de las circunstancias excepcionales es sumamente peligrosa, porque deja en manos de las autoridades ejecutivas la posibilidad de suspender en cualquier momento el régimen de legalidad. Puede haber sido aplicada sin abusos ni arbitrariedades en un país como Francia, de sólida tradición jurídica, y bajo el amparo de un Tribunal de prestigio universal, como es el Consejo de Estado, pero no sería juicioso admitir la validez de esa teoría en las naciones latinoamericanas, donde frecuentemente el imperio de las leyes se ha visto perturbado por los excesos del ejecutivo.

87. *La teoría de los actos de gobierno*

Según esta teoría, el principio de legalidad sufre otra importante restricción: ciertos actos cumplidos por las autoridades administrativas, denominados *actos de gobierno,* no son susceptibles de ningún recurso ante los tribunales, ni para obtener su anulación, ni para pedir la indemnización de los daños y perjuicios causados por tales actos a los administrados.

Esta teoría tuvo su origen en Francia en la jurisprudencia del Consejo de Estado. La doctrina, tanto en la propia Francia, como en otros países, de una manera general, le ha sido francamente hostil. Jeze afirma que no se puede encontrar en la naturaleza jurídica de esos actos, la justificación de haberlos sustraído a todo control jurisdiccional; que las razones de este régimen excepcional son únicamente razones de oportunidad política. Berthelemy niega la existencia de los actos de gobierno. Duguit rechaza la teoría de los actos de gobierno, aun cuando admite la existencia de ciertos actos políticos, no susceptibles de recursos jurisdiccionales, que son aquellos que realiza el gobierno como órgano político. Hauriou explica que la expresada teoría es una suerte de compromiso entre el Gobierno y la jurisdicción del Consejo de Estado; que han sido puestos ciertos actos fuera de la legalidad, y que mediante este sacrificio, todos los otros actos podrán ser sometidos al control de la legalidad.

La noción de acto de gobierno ha pasado en Francia por los siguientes períodos:

a) Período del *móvil político*. En la primera mitad del siglo XIX aparece en Francia en las decisiones del Consejo de Estado, la concepción originaria del acto de gobierno; eran aquellos actos administrativos realizados con un propósito político. Un acto administrativo llegaba a convertirse en acto de gobierno si aparecía que había sido realizado por un móvil político. En razón de este móvil, el acto administrativo no podía ser criticado, y por ello, los recursos que contra ese acto se dirigieran eran inadmisibles. Una de las más célebres resoluciones del Consejo de Estado en el sentido expresado fue emitida con ocasión del recurso interpuesto ante dicho Consejo contra la negativa del Ministro de Finanzas de pagar la renta acordada por Napoleón I a la Princesa Borghese. El Consejo de Estado, con fecha 1º de mayo de 1816 declaró inadmisible el recurso por haber considerado que la reclamación se refería a una cuestión política, cuya decisión correspondía exclusivamente al gobierno.

Esta concepción ha sido vivamente criticada, pues según ella, cualquier acto administrativo llegaba a ser inatacable, por el solo hecho de aparecer inspirado por un móvil político. Era la brutal consagración de la intocabilidad de las actuaciones nacidas de la arbitrariedad de los gobernantes.

Esta primitiva noción del acto de gobierno fue abandonada en 1875, época en que el Consejo de Estado resolvió que no basta que un acto administrativo haya sido dictado por un móvil político para excluir contra él todo recurso.

b) Período del *objeto del acto*. Posteriormente surge la concepción que toma en cuenta la noción de función gubernamental, por oposición a función administrativa. Se afirma durante ese período que los actos de gobierno son los que se realizan en ejercicio de la función gubernamental, y los actos administrativos los que se realizan en ejercicio de la función administrativa. Se considera que administrar es asegurar la aplicación diaria de las leyes y el funcionamiento normal de los servicios públicos; que las autoridades administrativas, cuando ejercen funciones de gobierno, cesan de ser autoridades administrativas para convertirse en autoridades gubernamentales; y en vista de que la ley francesa de

24 de mayo de 1872 no considera como susceptibles de recurso sino los actos emanados de las autoridades administrativas, y no los actos emanados de las autoridades gubernamentales, se desprendía que estos últimos, los actos de gobierno, eran insusceptibles de recurso.

La verdad es que el propósito de establecer la distinción entre la función gubernamental y la función administrativa halló muchas dificultades. La concepción del acto de gobierno, basada en una distinción incierta, resultó por ello, sumamente vaga y arbitraria, y terminó por ser abandonada.

c) Período de la *lista jurisprudencial.* La jurisprudencia ha desistido del propósito de lograr una definición racional del acto de gobierno, y ha concluido por aceptar una noción meramente empírica del mismo. En Francia se consideran hoy actos de gobierno los que el Consejo de Estado y el Tribunal de los Conflictos estiman que deben estar, por razones de conveniencia, sustraídos a todo debate ante los Tribunales; tales actos figuran en una lista jurisprudencial de los actos de gobierno. Esa lista tiende a hacerse cada vez más corta. Por efecto de sucesivas eliminaciones, los actos de gobierno tienden a hacerse raros. Por ello, afirma Jeze, "no ofrecen ya tantos peligros para los administrados". Sólo se consideran hoy actos de gobierno: los actos del poder ejecutivo concernientes a las relaciones con el poder legislativo, la declaración del estado de sitio, las decisiones tomadas por los agentes públicos de todo orden para asegurar la ejecución de las convenciones diplomáticas, y los actos del gobierno concernientes a la conducción de la guerra. "Como la piel de zapa —escribe Waline— la lista de los actos de gobierno se encoge, gracias al liberalismo creciente de la jurisprudencia". (Waline. *Ob. cit.,* p. 100).

La declaración de nulidad de esos actos no puede ser solicitada por vía de acción, ni alegada por vía de excepción; ni puede ser intentada acción para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios causados por esos actos.

La ley sobre el Consejo de Estado, en Italia, excluye el recurso de anulación contra los actos dictados por el gobierno en ejercicio

del poder político; y se ha discutido en ese país si los administrados que resultaren agraviados por actos no recurribles ante el nombrado Consejo, pueden o no, por ante los Tribunales ordinarios, reclamar la indemnización de daños y perjuicios.

La doctrina española de modo general acepta la noción de actos políticos o de gobierno, que se excluyen del recurso contencioso-administrativo "porque emanan de órganos políticos y se caracterizan por esa razón de Estado más próxima al reino de la necesidad que a los dominios de la vida jurídica" (García Oviedo, *Derecho Administrativo,* p. 240. Tercera edición. En igual sentido: Gascón y Marín y Adolfo Posada).

En la República Argentina, Bielsa admite la noción del acto de gobierno, caracterizado por su objeto, e incluye en esa categoría las decisiones del poder ejecutivo, dictadas en defensa de la integridad del Estado y de su Constitución. La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina acepta la idea del acto de gobierno, y ha calificado como tal, la declaración del estado de sitio.

En Colombia, la mayoría de los tratadistas se opone a la teoría de los actos de gobierno, o actos de poder, como allí se dice, porque estima que dentro del ordenamiento jurídico de esa nación no existen actos de la rama ejecutiva que no estén sometidos a la jurisdicción de algún tribunal. El profesor Alvaro Copete Lizarralde disiente en cierto modo de ese criterio, y opina que los decretos que declaran el estado de sitio y los que lo levantan carecen de control material y sólo podrían ser juzgados en relación con los vicios de forma; y admite al lado de éstos, otros que son excepcionalmente discrecionales del Presidente de la República (Alvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano,* p. 317).

En Uruguay, según la Constitución de 1952, el recurso de nulidad ante el Tribunal de lo contencioso-administrativo no es admisible contra los actos llamados de gobierno, esto es, aquellos en que predominan las necesidades gubernativas, lo que no excluye la reclamación patrimonial ejercitable por los particulares ante el poder judicial, si el acto de gobierno es contrario a la ley y afecta

los derechos subjetivos de aquéllos (V. Sayagués Lasso. *Ob. cit.* Tomo I, p. 404).

No existen en Venezuela, ni en la Constitución ni en las leyes ordinarias, disposiciones que incorporen a nuestro ordenamiento jurídico, la noción del acto de gobierno. La doctrina y la jurisprudencia nacionales guardan silencio acerca de la materia tratada. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, según la Constitución, declarar la nulidad de los reglamentos y demás actos del poder ejecutivo, cuando sean violatorios de ésta, y también la nulidad de los actos administrativos del poder ejecutivo, cuando sea procedente. La ley que rige las actividades de aquella Corte, agrega que ella conocerá en juicio contencioso de las acciones y recursos por abuso de poder y otras ilegalidades de las resoluciones ministeriales y otros actos de la autoridad administrativa, en cualesquiera de sus ramas nacionales, estadales y municipales. Como se ve, ni en la Constitución ni en la citada ley se contemplan excepciones. No creemos, pues, que entre nosotros existan actos administrativos que puedan ser calificados como actos de gobierno y, por ello, insusceptibles de control de legalidad. Pero advertimos que generalmente en los casos que en otros países se han considerado actos de gobierno, la comprobación de que los órganos ejecutivos disponían de un poder discrecional para la apreciación de la conveniencia y oportunidad de la decisión cuestionada, bastará en Venezuela para declarar sin lugar el recurso de nulidad que haya sido intentado, fundado en el contenido del acto.[4]

4. En igual sentido se pronuncia el doctor José Guillermo Andueza. Conviene reproducir sus consideraciones: "Sin embargo, si concebimos al acto político como una modalidad del acto discrecional, podemos llegar a la conclusión de que están excluidos sólo parcialmente del recurso de anulación por ilegalidad o abuso de poder. En efecto, si el acto discrecional emana de un órgano competente al cual la ley ha dejado en libertad de apreciar las circunstancias de hecho, el recurso de ilegalidad no podrá ejercerse sobre las circunstancias de hecho que motivaron el acto, pero sí puede recaer su investigación sobre la competencia del órgano, sobre las formalidades del acto e incluso sobre los extremos de la libertad concedida por la ley. En Venezuela, debido al principio constitucional que somete toda la actividad estatal a la Constitución y a las leyes, no puede concebirse al acto discrecional desvinculado de la ley, y por ello, no puede sostenerse que los actos políticos y discrecionales estén excluidos del control de la jurisdicción administrativa, ya que siempre será posible una revisión por incompetencia o por falta de alguno de los presupuestos del acto". Andueza, *El Control en Venezuela de los Actos Ilegales de la Administración,* Caracas, 1959, p. 24.

CAPITULO XIII

IRREGULARIDADES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

88. *Noción general*

No existen en Venezuela ni en otros países, disposiciones legales que precisen las diversas irregularidades de que pueden adolecer los actos administrativos, y señalen sus consecuencias. Por eso, son frutos de la doctrina y la jurisprudencia, los principios de derecho administrativo generalmente aplicados en esta materia.

En la doctrina y la jurisprudencia francesas ordinariamente se agrupan las diversas irregularidades de los actos administrativos, así: 1. *Inexistencia,* en los casos enteramente excepcionales en que el pretendido acto administrativo aparece afectado por una irregularidad particularmente grave y evidente. 2. *Nulidad* del acto administrativo por ilegalidad u otros motivos que trasciendan en lo declarativo, y la cual ha de ser pronunciada por los órganos jurisdiccionales competentes. 3. Finalmente, se admite que aquellos vicios de forma que no ejercen influencia sobre las decisiones tomadas, no afectan la validez del acto, lo que significa la aceptación de una categoría de actos administrativos *irregulares pero válidos.*[1]

En Italia, la doctrina dominante distingue dos clases de irregularidades: la *nulidad* y la *invalidez.* El concepto de nulidad del acto administrativo, acogido en esa doctrina, equivale a lo que en Francia se entiende por inexistencia; y el de invalidez, a lo que los franceses denominan nulidad. Un sector de la doctrina italiana analiza tres grados de irregularidad: inexistencia, nulidad, anulabilidad. Al igual que en Francia, se reconoce que ciertas irregularidades carentes de trascendencia no restan validez al acto administrativo. Por último, conviene señalar que en la doctrina italiana, la invalidez del acto administrativo puede provenir no sólo de vicios de

1. Waline, *ob. cit.* 5ª edición, p. 406.

legitimidad, sino también, aunque con efectos mucho más limitados, de vicios de *mérito*.[2]

Entre los autores españoles e hispanoamericanos, algunos acogen la clasificación tripartita de las irregularidades; otros, la bipartita. El español Fernández de Velasco divide las irregularidades administrativas así: Inexistencia, nulidad absoluta, nulidad parcial.[3] El expositor colombiano Carlos H. Pareja distingue: inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, entendiendo por acto inexistente, aquel "tan anómalo que la resistencia de los particulares a cumplirlo puede justificarse", y agrega que los actos así llamados "son manifiestamente insostenibles".[4] El tratadista uruguayo Enrique Sayagués Laso formula las siguientes distinciones: a) Actos administrativos inexistentes, concepto limitado a un número muy reducido de situaciones; b) Actos administrativos inválidos, los cuales están sometidos a diferentes regímenes, según la naturaleza del vicio, la clase del acto, el tiempo transcurrido y los intereses sociales comprometidos; c) Actos irregulares, pero válidos, por ser la irregularidad de poca trascendencia.[5]

89. *El problema de la irregularidad de los actos administrativos en Venezuela*

La Constitución preceptúa que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales e individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder (art. 206). Combinada esa disposición con el principio de legalidad que en el Estado moderno preside el ejercicio de la función administrativa, y que entre nosotros está consagrado en el artículo 117 de la Constitución, la sanción lógica y natural de toda infracción de la ley debería ser la ineficacia jurídica del acto administrativo realizado. Sin embargo, es necesario conciliar diferentes intereses en juego para llegar a conclusiones acertadas en materia referente a la irregularidad de

2. Zanobini, *ob. cit.*, t. I, p. 304.
3. R. F. de Velasco, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., t. I, p. 370.
4. Pareja, *ob. cit.*, 2ª edición, t. I, p. 370.
5. Sayagués Laso, *ob. cit.*, t. I, p. 505.

los actos administrativos. Si el interés general, representado por la ley, exige en todos los casos tan severa sanción, en cambio, en muchos casos el interés de terceros de buena fe puede aconsejar el mantenimiento de la validez de los actos. Es, pues, necesario, adherir a las opiniones doctrinarias ya expuestas, según las cuales las infracciones legales relativas a las formalidades del acto que no ejerzan influencia sobre las decisiones tomadas, no son causa de invalidez de éstas.

Estimamos que una teoría de las nulidades de los actos administrativos adaptable a nuestro derecho positivo, contempla las siguienes situaciones: actos administrativos inexistentes; actos administrativos anulables; actos administrativos irregulares, pero válidos.

Actos administrativos inexistentes son los que adolecen de irregularidades graves y ostensibles, tales como los actos efectuados por un usurpador de funciones públicas, o los que están viciados de incompetencia absoluta, o que tienen un contenido físico o jurídicamente imposible, o no revisten la forma esencial requerida por la Constitución o la ley. Estos actos ofrecen algunas veces los caracteres externos que les dan apariencia de decisiones administrativas, caso en el cual tienen existencia material; otras veces, ni siquiera presentan tal apariencia. De todos modos, si ostentan uno cualquiera de los vicios expresados, no existen jurídicamente como actos administrativos. La inexistencia de los actos administrativos obra de pleno derecho, sin necesidad de ser declarada por la autoridad administrativa ni por la autoridad jurisdiccional. El acto administrativo inexistente no producirá ningún efecto jurídico. Ningún ciudadano está en el deber de prestarle obediencia, ni la administración obligada a darle ejecución. Los tribunales no podrán darle aplicación. La inexistencia de un acto administrativo no puede ser objeto de convalidación: no hay lapsos de caducidad ni ratificación posibles para hacer desaparecer la inexistencia, esto es, no hay medio de dar vida jurídica a lo que carece de ella. La impugnación dirigida contra los actos administrativos inexistentes no puede tener otro objeto que constatar oficialmente la inexistencia. Cuando las irregularidades que dañan al acto administrativo son tan graves y evidentes, como las ya expresadas, no es razonable

imponer a los particulares el respeto de un acto que no tiene de administrativo sino el nombre, y acerca de cuya inexistencia nadie abriga la menor duda.

Si el acto administrativo considerado no adolece de los graves defectos señalados, pero alguno de sus elementos constitutivos presenta alguna irregularidad de trascendencia en lo dispositivo, el acto existe, pero está viciado de nulidad. En este caso, el acto administrativo puede ser revocado por el órgano del cual emana, o bien por el superior jerárquico, según disponga la ley relativa a la materia de que se trate. Puede también ser declarado nulo por sentencia de un tribunal investido legalmente del poder de anulación. Hasta que no haya sido revocado el acto administrativo, o declarado nulo, debe ser obedecido por los particulares, y cumplido y observado por los órganos de la administración, como si se tratara de un acto regular y válido. Hasta que la nulidad que los vicia no haya sido reconocida por una autoridad jurisdiccional, los actos administrativos gozan de una presunción de validez, porque de otro modo bastaría a cada uno poner en duda la validez de un acto administrativo para librarse de su obediencia, lo que conduciría a la anarquía (Conf. Waline). Ahora bien, una vez declarada por el órgano jurisdiccional la nulidad del acto por ilegitimidad, dicha declaración produce efectos retroactivos a la fecha de la conformación del acto, como que los vicios eran concomitantes con ella. El acto declarado nulo por ilegitimidad, por sentencia de un tribunal, queda reducido a la nada, desde su origen, y los efectos causados por él deben ser eliminados o reparados.

La persona afectada por un acto administrativo, si éste ha sido presentado en juicio, puede oponer la excepción de ilegalidad del acto. En estos casos, los tribunales llamados a decidir la controversia, aunque no tengan competencia para declarar la nulidad del acto en referencia, si a su juicio no fuere legítimo, deben descartar su aplicación y decidir la controversia como si el acto fuera inexistente o hubiera sido declarado nulo. El juez, en estos casos, deja de aplicar el acto administrativo irregular, sin perjuicio de que éste pueda ser invocado en otras oportunidades. La excepción de ilegalidad es análoga a la excepción de inconstitucionalidad, que

puede ser opuesta ante los jueces de cualquier jerarquía, estando éstos en el deber de descartar en el caso especial, la aplicación de la ley que estimen violatoria de la Constitución, sin declararla nula (art. 7 del Código de Procedimiento Civil).

90. *Casos de inexistencia de actos administrativos*

Hay inexistencia del acto administrativo por *falta absoluta del órgano calificado* para realizarlo, cuando el autor del acto es algún individuo desprovisto de toda investidura, esto es, un sujeto completamente extraño a la administración que asume indebidamente el ejercicio de funciones públicas. El acto, en tal caso, no produce los efectos jurídicos perseguidos por su autor, sino que da lugar a una sanción penal, conforme al artículo 214 del Código Penal.

Se considera también inexistente el acto, si aquel que lo realiza, aunque sea en realidad titular de un órgano de la administración, haya invadido la competencia de una autoridad no administrativa, esto es, de la rama legislativa o judicial, o bien, cuando el acto haya emanado de un órgano de alguno de estos poderes, siendo que correspondía a la competencia del ejecutivo. Sería el caso de una resolución del Ministerio de Relaciones Interiores que invadiera la competencia del Congreso, mediante el nombramiento de los Secretarios de las Cámaras Legislativas; y también, si por resolución del Ministerio de Justicia se hiciera el nombramiento de los Secretarios de la Corte Suprema, invadiendo así las atribuciones del alto tribunal. También serían inexistentes el decreto de expulsión de un extranjero o la carta de naturalización, expedidos por el Congreso; e igualmente lo sería, el indulto decretado por la Corte. Son casos de *incompetencia absoluta,* que determinan la inexistencia de tales actos.[6]

Se equiparan a la incompetencia absoluta, aquellas *formas igualmente graves de la incompetencia,* aunque se desenvuelvan en el seno de la administración, en los casos en que un órgano administrativo ejecuta actos sobre materias confiadas a otro órgano

6. Véase Zanobini, *ob. cit.,* t. I, pp. 306 y ss.

de igual naturaleza, pero tan distintas al campo de su competencia y tan lejanas a ella, que resulte evidente a los ojos de todo el mundo, la invasión de funciones. Ejemplos de lo que explicamos serían la autorización para el funcionamiento de un Banco que expidiera el Ministerio de Educación, y el permiso para la apertura de una Universidad privada, suscrito por el Ministerio de Hacienda.

En los demás casos en que el acto aparezca viciado de incompetencia, no se considera inexistente, sino meramente anulable. La nulidad podría ser declarada judicialmente, con efectos retroactivos al instante de ser dictado el acto.

El acto administrativo carece de *contenido,* y es por ello, inexistente, cuando su contenido es material o jurídicamente imposible. Tal es el caso de una decisión administrativa que ordene, prohiba o autorice la ejecución de un hecho físicamente imposible. También es el caso de una disposición de la autoridad que ordene o autorice el cumplimiento de hechos jurídicamente imposibles, como la que mande a proceder a la enajenación de bienes inalienables, y la que permita la perpetración de hechos calificados de delitos por las leyes.

Finalmente el acto administrativo es inexistente cuando, exigiendo la Constitución o la ley, una *forma determinada* como requisito sustancial del acto, de modo que no pueda ser sustituida por otro medio de declaración, el acto no haya revestido la forma requerida. Para que el acto se repute inexistente es necesario que se haya quebrantado una norma que establezca una forma esencial, y no simplemente que se hayan dejado de cumplir formalidades accesorias. Ejemplos de actos inexistentes, por el motivo expresado, serían el de una medida que, según la Constitución, deba adoptar la forma de decreto, y haya sido dictada en forma de resolución ministerial, e igualmente, las autorizaciones o aprobaciones legislativas respecto de los actos de administración del poder ejecutivo, que debiendo hacerse aquéllas en forma de leyes, se hagan mediante acuerdos.

Se ha observado que hay impropiedad en la expresión "acto

inexistente". No es lógico que tales declaraciones se denominen actos, si se estima que carecen de existencia jurídica. Por lo que parece más exacto decir que "más que acto inexistente, lo que hay es inexistencia de todo acto administrativo" (Sayagués Laso).

91. *Anulabilidad del acto administrativo*

Los defectos del acto administrativo que pueden hacerlo anulable deben examinarse con relación a los elementos integrantes de aquél.[7]

a) *Incompetencia del órgano.* El acto administrativo es anulable si adolece del vicio de incompetencia. No hablamos aquí de la falta de investidura, de la incompetencia absoluta, ni de la incompetencia ostensible, equiparable a la anterior, irregularidades que, como queda expuesto, ocasionan la inexistencia.

La incompetencia relativa y no ostensible que hace anulable el acto es la que ocurre cuando una autoridad invade las atribuciones de otra autoridad de la misma rama de la administración pública, como cuando el prefecto invade las atribuciones del gobernador, el interventor de aduana las del administrador, o el Consejo Universitario las del Consejo de una Facultad. Pueden las autoridades invasora e invadida ser del mismo grado o de grados jerárquicos diversos Lo importante es que la incompetencia no sea tan flagrante que determine la inexistencia del acto, según lo expuesto anteriormente.

Si el acto es realizado por un órgano colegiado, la constitución irregular del órgano es causa de anulación. Si no se hizo la convocatoria en la forma debida, o se instaló la reunión sin el *quorum* legal, puede ser declarada la nulidad del acto dictado en esas condiciones.

b) *Voluntad.* Si se comprueba que la voluntad del órgano administrativo está viciada por el error, o que se obtuvo mediante el uso de la violencia, física o moral, ejercida sobre la persona que dictó el acto, o por medio de artificios o maquinaciones que

7. Véase Zanobini, *ob. cit.*, t. I, pp. 311 y ss.

configuren el dolo, el acto administrativo puede ser declarado nulo. Para que el error sea causa de nulidad del acto administrativo, debe consistir en el error esencial con relación a los elementos constitutivos del acto. La violencia vicia la voluntad cuando tiene el carácter de irresistible, esto es, cuando es tal que haga impresión sobre una persona sensata y que pueda inspirarle justo temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable, debiendo atenderse en esta materia a la edad, sexo y condición de las personas; y es también causa de anulabilidad del acto, la violencia dirigida contra la persona o los bienes del cónyuge, de un descendiente o ascendiente del funcionario que dictó el acto impugnado. Son, pues, aplicables, en este punto, las disposiciones del Código Civil (arts. 1.150, 1.151 y 1.152) respecto a la violencia como vicio del consentimiento de los contratantes. El dolo constituye un vicio de la voluntad, suficiente para obtener la anulación de un acto administrativo, cuando tiene el carácter de determinante, esto es, en el caso de que las maquinaciones practicadas por alguien han sido tales que sin ellas la autoridad no hubiera dictado el acto administrativo de que se trate. Debe advertirse que en los casos de anulabilidad del acto por violencia o error, el acto puede ser convalidado por la administración.

c) *Contenido.* Si el acto administrativo contiene un mandato, una prohibición o una autorización contrarios a la ley, podrá decirse que el acto tiene un contenido ilegal, y en consecuencia, será anulable. Es el caso de la multa impuesta por un monto que exceda del límite máximo fijado en la ley; o la prohibición de construir un edificio no apoyada en algún fundamento legal; o la autorización para realizar una actividad que resulta contraria a la ley. En fin, toda contradicción del contenido del acto con las reglas legales preestablecidas que no presente los caracteres de gravedad y evidencia para determinar la inexistencia, es causa de nulidad.

d) *Motivos.* Todo acto administrativo debe tener sus motivos de hecho y de derecho. Hay ilegalidad en casos de inexistencia de los motivos, sea porque los hechos o situaciones que se han presentado como determinantes del acto sean materialmente inexis-

tentes, sea porque no tienen el carácter exigido por la ley, para servir de motivos del acto considerado.

e) *Finalidad.* Las autoridades tienen el deber de perseguir la finalidad fijada al acto por la ley. Si el acto no se cumple en vista de su finalidad legal, está viciado de ilegalidad. La ilegalidad consiste en este caso en que el acto aparece del todo correcto, pero se ha cumplido con un propósito distinto de aquel con el cual debió haberse efectuado. Esta especie de ilegalidad se denomina *desviación de poder,* y aparece mencionada en el art. 206 de la Constitución, como causa de nulidad de los actos administrativos.

La meta de los actos administrativos aparece en la Constitución, las leyes o los reglamentos, de modo explícito o implícito. Si no de la letra, del espíritu de la legislación se desprende la finalidad de los actos administrativos, variable según la naturaleza de éstos.

En la jurisprudencia francesa se ha aplicado en numerosos y variados casos el concepto de la desviación de poder. Pero para que se declare la nulidad de los actos administrativos por esta causa de ilegalidad, requieren los tribunales administrativos de Francia que la finalidad realmente perseguida por el autor del acto aparezca probada, sea por el acto mismo, o por alguna pieza del expediente, o que pueda ser deducida de los documentos presentados al juez; pero éste en ningún caso promueve investigaciones para buscar los elementos de la desviación de poder.

En la jurisprudencia venezolana no existen antecedentes de la declaración de nulidad de actos administrativos por desviación de poder. Aunque tal causa de nulidad está prevista en texto expreso de la Constitución, en la práctica existe para el impugnante la dificultad de la prueba.

f) *Formalidades.* La omisión de los trámites del procedimiento constitutivo o el cumplimiento defectuoso de los mismos puede ser causa de nulidad del procedimiento administrativo. Las decisiones que el Presidente de la República debe tomar en Consejo de Ministros son anulables si son dictadas por el Presidente con la sola consulta y aquiescencia del Ministro respectivo. Así, un

reglamento dictado por el Jefe del Estado y refrendado por los Ministros a quienes corresponda la materia, y publicado en la *Gaceta Oficial,* goza de la presunción de validez; pero puede ser declarado nulo, si se prueba no haber sido dictado en Consejo de Ministros. Tampoco tendrán validez los decretos presidenciales, tales como los relativos a los créditos adicionales, que han de ser previamente autorizados por las Cámaras en sesión conjunta o por la Comisión Delegada, si tal autorización no precede al decreto. Son también anulables los actos de las autoridades administrativas sujetos al dictamen previo de un órgano consultivo, si se omite dicha formalidad. Pero no siempre los vicios u omisiones de procedimiento inciden en la validez del acto principal. No hay duda de que el vicio procesal es causa de nulidad cuando pudo haber ejercido influencia en el conocimiento o en la voluntad que ha formulado la declaración final. Si se dejó de oír el parecer del órgano consultivo, puede suponerse que en caso de haberlo oído, el acto no hubiera sido dictado.

92. *Actos irregulares, pero válidos*

Según se desprende de lo que acaba de expresarse, los vicios de forma que no ejercen influencia alguna en el conocimiento o la voluntad que formula la declaración final, no son causa de nulidad de los actos administrativos. Ciertas irregularidades de ese tipo pueden dar lugar a sanciones disciplinarias, pero no inciden sobre la validez del acto.

93. *Convalidación*

Advertida la irregularidad de una decisión administrativa, pueden las autoridades tener interés en consolidar el acto viciado, antes que su anulación sea solicitada por algún interesado ante un órgano jurisdiccional. En tales circunstancias, la administración puede proceder a *convalidar* el acto administrativo anulable. La convalidación consiste, pues, en regularizar, mediante un acto administrativo posterior, un acto administrativo irregular.

Hay dos formas de la convalidación: la ratificación y la legitimación.

La *ratificación* consiste en la declaración emitida por el órgano autor del acto mediante la cual se reconocen y subsanan los vicios del acto, cuando tal correción depende de aquel órgano. En los casos de voluntad viciada por la violencia o el error, después de haber cesado aquélla o de reconocido éste, la autoridad puede ratificar el acto. Si el vicio consistiere en la incompetencia, la ratificación puede ser hecha por el órgano competente.

Se entiende por *legitimación* la aprobación de un acto administrativo que haya resultado irregular por defecto de trámites previos de procedimiento, hecha por el propio autor del acto, después de cumplidas las formalidades que habían faltado, tales como las autorizaciones, los dictámenes o las propuestas.

Como antes se observó, los actos administrativos cuyas irregularidades son tan groseras y ostensibles que se han considerado inexistentes no pueden ser objeto de convalidación.

La convalidación, ya sea bajo la modalidad de ratificación o de legitimación produce efectos retroactivos: el acto irregular adquiere validez desde su origen.

CAPITULO XIV

EXTINCION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. LA VIA ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIONAL

94. *Planteamiento del problema*

Todo acto administrativo está destinado a producir los efectos jurídicos queridos por su autor. Esos efectos concluyen frecuentemente, de una vez, al ejecutarse el contenido del acto; y en ciertas ocasiones, pasado cierto tiempo, al transcurrir el lapso previsto en el mismo acto. En ambos casos puede afirmarse que el acto se ha extinguido por el cumplimiento de su ciclo normal, esto es, que el acto administrativo se ha consumado. Por ejemplo, concedida al dueño de terrenos, la autorización requerida para efectuar en ellos, talas de la vegetación existente, una vez talado el bosque, la autorización se extingue por agotamiento o consumación. Lo mismo puede decirse de la autorización concedida a un extranjero, para adquirir en Venezuela terrenos o construcciones situados a menos de veinticinco kilómetros de distancia de las fronteras de la República, de sus costas de mar o de las riberas de los ríos navegables: registrada la escritura de adquisición del respectivo inmueble, la autorización expira por el cumplimiento de su ciclo normal. Asimismo, ordenado por un gobernador el arresto de un individuo por quince días, cump'ida la orden durante el lapso expresado, concluyen los efectos de la decisión. También quedan consumados los efectos de la liquidación de impuestos y de la imposición de una multa mediante los pagos correspondientes, hechos por el contribuyente y el multado, según el caso, en las oficinas receptoras de fondos de la Tesorería.[1]

Los efectos jurídicos producidos por ciertos actos administrativos tienen una duración indefinida. Así pasa con los efectos de los reglamentos y de las autorizaciones de eficacia continuada, como

1. Véase Sayagués Laso, *ob. cit.*, t. I, núm. 335.

la que concede el ejecutivo nacional para el funcionamiento de un banco. En estos casos, dentro de las limitaciones que señalaremos, los efectos de esos actos pueden ser suprimidos por nuevas decisiones de la administración.

Puede ocurrir que la administración advierta, después de dictado un acto administrativo, que éste adolece de alguna irregularidad jurídica; o que había en el acto, desde su origen, vicios de mérito; o que en razón del cambio de las condiciones de hecho o de nuevas exigencias del interés público, sea conveniente u oportuno poner fin a los efectos del acto; o que la administración observe que han desaparecido alguno o algunos de los presupuestos de hecho que fueron jurídicamente necesarios para dictar el acto; en fin, puede el beneficiario dejar de cumplir las obligacions que le impone la resolución administrativa considerada. En todos estos casos, unas veces de oficio, y otras a petición de parte interesada, puede recaer un nuevo acto administrativo que extinga la fuerza jurídica del primero.

95. *La vía administrativa y la vía jurisdiccional*

Siempre que una providencia de la autoridad administrativa pone fin a la fuerza jurídica de un acto administrativo, se dice que éste se ha extinguido por la vía administrativa.

En algunas ocasiones los vicios de mérito pueden no dañar todo el contenido del acto administrativo, sino partes de él y, en vista de ello, la administración puede resolver, no declarar la extinción del acto, sino su corrección o modificación.

Los administrados que se crean agraviados por los efectos producidos por un acto administrativo, y lo estimen ilegal o inconveniente, pueden obtener por la vía administrativa, y dentro de los límites que después se expresarán, la revocación o reforma de aquél. La propia autoridad que formuló el acto o el superior jerárquico, según los casos, pueden dictar la revocación o reforma.

La supresión de la fuerza jurídica de un acto administrativo puede también ser declarada por los órganos jurisdiccionales, por

vicio de legitimidad. Como los tribunales no actúan de oficio, es necesario que la anulación del acto haya sido pedida por un interesado. Cuando los administrados solicitan ante un Tribunal, la declaración de nulidad de un acto administrativo, se dice que hacen uso de la vía jurisdiccional.

96. *El principio de la autotutela de la administración pública*

Salvo ciertas limitaciones que se examinarán después, la administración pública tiene la potestad de proceder por sí misma, sin necesidad de acudir a los Tribunales, a declarar la extinción o reforma de los actos administrativos que considere total o parcialmente viciados por razones de mérito o de legalidad. Es lo que Zanobini ha denominado "el principio de la autotutela de la administración pública". Según el citado autor, este poder tiene el mismo fundamento que el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos. Así como la voluntad de la administración pública se impone sin mediación de los Tribunales, cuando se trata de dar ejecución de sus actos, también dicha voluntad se basta a sí misma, sin necesidad de intervención jurisdiccional, cuando por una u otra razón, declara la revocación o reforma de sus propios actos. Las decisiones administrativas relativas a la supresión o modificación de actos anteriores deben ser acatadas por todos los órganos de la administración y su obediencia se impone a los particulares, sin perjuicio del derecho que corresponde a quienes se consideren agraviados, de pedir a los Tribunales competentes, se declare la nulidad de la revocación o reforma, lo que implicaría el mantenimiento del acto anterior, incólume.[2]

97. *Disposiciones administrativas sobre la eficacia de actos anteriores*

Las decisiones de la autoridad administrativa acerca de la eficacia de los actos anteriormente dictados por la administración pueden reducirse a las siguientes categorías:

2. Zanobini, *ob. cit.*, t. I, p. 320.

a) *Revocación por mérito.* Es la declaración de una autoridad administrativa mediante la cual, por razones de conveniencia u oportunidad, se suprimen los efectos de un acto administrativo. La revocación, en este caso, puede fundarse en un nuevo examen hecho por la administración acerca de la conveniencia u oportunidad de una medida, siendo entonces la nueva declaración una rectificación de la primera; y puede también la administración, en vista del cambio ocurrido en las condiciones de hecho imperantes en el momento de ser dictado el acto, considerar conveniente para la comunidad, la eliminación de dicho acto;

b) *Revocación por ilegalidad.* Se denomina así la disposición emanada de la administración que pronuncia la ineficacia de un acto administrativo por infracción de alguna regla de derecho. En este caso la administración se anticipa a la sentencia declarativa de nulidad que pudiera ser dictada por un Tribunal competente;

c) *Reforma.* Se entiende por reforma del acto administrativo, la declaración de una autoridad administrativa en virtud de la cual se modifica o corrige un acto administrativo cuyos vicios afectan parte de su contenido;

d) *Declaración de caducidad.* Es la declaración de la autoridad administrativa mediante la cual se suprimen los efectos jurídicos de un acto administrativo, en virtud del incumplimiento del beneficiario en las obligaciones a su cargo, derivadas de aquél;

e) *Declaración de decaimiento.* Se llama así la disposición de la autoridad administrativa que pone fin a los efectos jurídicos de un acto administrativo en razón de haber desaparecido las condiciones de hecho legalmente necesarias para la formulación y subsistencia del acto.

98. *Los conceptos de revocación y anulación*

No existe acuerdo entre los autores respecto al sentido preciso de los términos revocación y anulación. Tampoco hay un criterio uniforme sobre el particular en la jurisprudencia de los distintos países. La legislación, tanto nacional como extranjera, carece de precisión y unidad a este respecto.

Algunos autores establecen la diferenciación entre ambos conceptos desde un punto de vista sustancial, esto es, tomando en cuenta los motivos o razones de la extinción. Desde el expresado punto de vista, se entiende por *revocación* el retiro de un acto administrativo por vicios de mérito, esto es, por circunstancias originarias o supervinientes, relativas a la conveniencia y oportunidad del acto; y por *anulación,* la supresión del acto administrativo por vicios de legitimidad, es decir, por la infracción de una regla de derecho.

Otros autores se colocan en un punto de vista orgánico, lo que significa que toman en cuenta el órgano que formula la eliminación del acto administrativo precedente. Así, se entiende por *revocación* el retiro del acto administrativo por la propia autoridad administrativa que lo ha dictado, cualquiera que sea el motivo, falta de mérito o de legitimidad, de esa disposición; y por *anulación,* la decisión de un órgano administrativo de superior jerarquía o de un órgano jurisdiccional que tiene por objeto la supresión de un acto administrativo anterior, ya sea por ilegitimidad o defectos de mérito.

Partiendo también desde un punto de vista orgánico, se hace una diferenciación distinta a la anterior, pues se atiende en esta otra, principalmente a la naturaleza del órgano, administrativa o jurisdiccional, que suprime los efectos jurídicos del acto. Dentro de este criterio, se estima que el rasgo distintivo de la revocación es que emane de la administración, ya sea de la misma autoridad que emitió el acto, o de su superior jerárquico, ya se funde en motivos de ilegalidad o en falta de mérito. Se considera, en cambio, que la anulación sólo puede ser pronunciada por los órganos jurisdiccionales.

Es el último criterio expuesto el que ha predominado entre nosotros: el que basa la distinción entre uno y otro concepto, en que la autoridad que extinga el acto anterior pertenezca a la administración o a la rama judicial. En el primer caso, se trata de una revocación, y la decisión que la contiene es un acto administrativo; en el segundo caso, se trata de una anulación, y su declaración constituye una sentencia. Sin embargo, debe observarse que

no siempre las leyes venezolanas utilizan en el sentido expresado uno y otro vocablo. La Constitución dispone que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para *anular* los actos administrativos generales e individuales contrarios a derecho, inclusive por desviación de poder, y de manera específica confiere a la Corte Suprema de Justicia, la atribución de declarar la *nulidad* de los actos administrativos del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente. En cambio, la Ley Orgánica de la Corte Federal, que está aún en vigor, dispone que al conocer de los recursos por ilegalidad de los actos de la autoridad administrativa, la Corte podrá confirmar, *revocar* o reformar la decisión impugnada. Confiamos que al ser dictada la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia con sujeción a la nueva Constitución se precise la facultad de la Corte como órgano jurisdiccional, que consiste, en esta materia, en declarar, cuando sea procedente, la nulidad de los actos administrativos por su no conformidad con el derecho. Por otra parte, el artículo 21 de la ley de propiedad industrial dispone que el Ministro de Fomento, previo informe del Registrador de la Propiedad Industrial, *anulará* por resolución razonada, el registro de inventos, mejoras, dibujos o modelos industriales obtenido en contravención a dicha ley y que la parte interesada podrá interponer apelación para ante la Corte Federal (hoy Corte Suprema de Justicia) dentro de los tres meses siguientes a la fecha de publicación de aquella resolución en la *Gaceta Oficial*. Como se ve, en este último caso la ley venezolana denomina "anulación", la revocación por ilegalidad pronunciada por el superior jerárquico.

La revocación puede ser pronunciada por la autoridad que dictó el acto, y por el superior jerárquico. Ya sea declarada por uno u otro órgano, y según el motivo en que se funde, puede ser por mérito o por ilegalidad. Esta última es designada por algunos autores, anulación administrativa, para distinguirla de la anulación jurisdiccional, que es la pronunciada por sentencia de los Tribunales.

99. *Fundamentos del poder de revocación*

En principio, todo acto administrativo es revocable. Existen, desde luego, excepciones. Los actos administrativos se presuponen elaborados conforme a las reglas generales preestablecidas, e inspirados en el interés de la comunidad. La conformidad con el derecho es la legitimidad, y la conformidad con el interés general, la oportunidad. Si faltare uno de esos supuestos, esto es, si el acto resultare violatorio de una regla jurídica o contrario a la utilidad general, la autoridad administrativa tiene el derecho y está en el deber de revocarlo. Tal es el fundamento de la potestad de revocar los actos administrativos.

100. *Limitaciones al poder de revocar los actos administrativos*

La potestad de la administración, de revocar o reformar los actos administrativos de *alcance general,* dictados por ella, no tiene límites: todo reglamento puede ser en todo instante, derogado, o reformado total o parcialmente por el órgano competente para dictarlo.

En cuanto a la potestad de revocar o reformar los actos administrativos individuales, conviene distinguir entre los actos administrativos regulares y los irregulares.

El acto administrativo individual declaratorio de derechos siempre que sea jurídicamente regular es irrevocable. Esto se aplica, tanto a los actos subjetivos, como a los actos-condiciones, esto es, a las decisiones creadoras de derechos subjetivos a favor de determinadas personas, o atributivas de poderes jurídicos preexistentes a ciertos sujetos. Pueden ser revocados libremente los actos graciosos, por los cuales su autor haya concedido un puro favor, como la licencia otorgada con goce de sueldo por el superior jerárquico al subalterno, por motivos de salud, fuera de toda prescripción legal; los actos a los cuales su propio autor ha dado un carácter provisional; y los que están subordinados al cumplimiento de actos posteriores. En cambio, los actos administrativos individuales declarativos de derechos que sean jurídicamente regulares son intan-

gibles, salvo disposiciones expresas de la ley. Tratándose, pues, de un acto administrativo regular que crea o atribuye derechos a determinados sujetos, carece la administración de facultad discrecional para revocarlo o reformarlo por consideraciones de mérito, salvo que esa potestad se la confiera el texto expreso de la ley, caso en el cual únicamente puede ser ejercida con sujeción a los procedimientos y formas previstos en el texto legal. El poder de revocar o reformar los actos administrativos regulares declaratorios de derechos es, por lo tanto, un poder reglado. Por eso, un nombramiento hecho regularmente no puede ser revocado sino en caso de que la autoridad que hizo la designación tenga conforme a la ley la atribución de nombrar y remover libremente. Conforme al artículo 12 de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, el ejecutivo nacional podrá revocar las autorizaciones de funcionamiento acordadas a los Bancos, por resoluciones motivadas, y a este efecto tomará en cuenta los informes que al respecto suministre la Superintendencia de Bancos; en este caso, aunque la autorización haya sido otorgada regularmente, puede el ejecutivo nacional, por razones de conveniencia, originarias o supervinientes, revocar dicha autorización, pero sólo en virtud del poder expreso que le confiere la ley, y mediante el cumplimiento de las formalidades establecidas en ella, lo que significa que si no existiera esa disposición no podría el poder ejecutivo por motivos de mérito, revocar la autorización acordada.

Si no hay un beneficiario que pueda sufrir la pérdida de derechos derivados del acto, la administración disfruta de plena libertad para revocar el acto que estime inconveniente o inoportuno, aunque su regularidad jurídica sea perfecta.

En cuanto al acto administrativo irregular, está fuera de discusión su revocabilidad. En este caso el principio de la autotutela de la administración no encuentra límites en los derechos adquiridos por los particulares, porque en los actos inválidos no puede basarse derecho alguno. En Italia se sostiene que el gobierno "puede en cualquier tiempo" suprimir los efectos de un acto administrativo por vicios de legitimidad, opinión esta que en dicho país se apoya en disposición expresa de la Ley de Seguridad Pública. En Francia,

el Consejo de Estado ha afirmado, y así lo reconoce la doctrina, que el acto administrativo creador de derechos a favor de particulares puede ser revocado por ilegalidad, pero solamente dentro de los plazos establecidos para pedir la anulación de ese mismo acto por vía jurisdiccional.[3] Estimamos acertada esta segunda tesis, porque la fijación de un término de caducidad para el ejercicio de acciones o recursos ante el órgano jurisdiccional tiene por objeto evitar que se mantenga por tiempo indefinido la incertidumbre acerca de la eficacia de las decisiones de la autoridad y esta razón es igualmente valedera con referencia a la revocación de esas mismas decisiones que haga la administración. De ser admitido en Venezuela este criterio, se aplicaría el lapso de caducidad que establece la ley venezolana para pedir ante la Corte Suprema de Justicia, la declaración de nulidad por ilegalidad, de las resoluciones ministeriales y, en general, de los actos de la autoridad administrativa de la nación, de los estados o municipal. Este plazo es de seis meses, contados desde la fecha de la publicación del acto en el órgano oficial respectivo, o de la fecha de la notificación al interesado, cuando ésta fuere procedente y si aquélla no se efectuare. Conforme al criterio expuesto, la administración no podría, ni aun por razones de legitimidad, revocar fuera de dicho plazo, los actos administrativos declaratorios de derechos a favor de los particulares.

101. *Alcance de los efectos de la revocación*

La revocación de un acto administrativo unas veces hace desaparecer todos los efectos del acto, inclusive los ya cumplidos, y otras, sólo suprime sus efectos para lo porvenir.

Los actos administrativos generales, como ya se expuso, pueden en cualquier momento ser revocados o reformados por la administración. Los reglamentos pueden ser siempre derogados o reformados total o parcialmente. Son decisiones de carácter general, como las leyes, y lo mismo que éstas, producen efectos sólo para lo porvenir. Los efectos cumplidos bajo el imperio de un reglamento derogado quedan incólumes.

3. Waline, *ob. cit.*, 5ª edición, p. 409.

Tratándose de actos administrativos productores de efectos individuales, conviene distinguir entre los regulares y los irregulares.

En lo que respecta al acto administrativo regular, es imposible que los efectos de revocación se proyecten sobre el pasado. Sería la negación de la seguridad jurídica. Por lo tanto, siempre que la revocación se funde en falta de mérito, ya sea originaria o superviniente, solamente producirá efectos *ex nunc,* esto es, para lo porvenir.

El acto administrativo irregulár, en cambio, puede ser revocado con efectos que se retrotraigan al momento en que fue dictado. Su revocación produce efectos *ex tunc,* esto es, desde la creación del acto. Los efectos del acto administrativo revocado por su ilegitimidad deben necesariamente proyectarse sobre el pasado, porque cuando un acto es reconocido como jurídicamente irregular, debe ser suprimido desde el propio momento de su formación. La revocación es, en este caso, una sanción de la ilegitimidad del acto y, por lo tanto, sus efectos deben ser los mismos que produciría la sentencia declarativa de nulidad, dictada por el órgano jurisdiccional competente, que sería la anulación con efectos retroactivos. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que en algunos casos los textos legales, por razones de equidad o conveniencia, limitan a lo porvenir los efectos de la revocación. Por otra parte, los efectos producidos por el acto en el tiempo transcurrido desde que fue dictado hasta su extinción no pueden ya desaparecer, pero deben ser reparados.

102. *La declaración de caducidad*

Como antes se dijo, el acto administrativo se extingue por caducidad siempre que el interesado en su mantenimiento deja de cumplir determinadas obligaciones que el acto impone. La caducidad no obra de pleno derecho, sino que es necesario que sea declarada por la autoridad administrativa. La declaración de caducidad, como los actos administrativos en general, tiene ejecutoriedad, esto es, puede ser ejecutada por la administración por sí misma, sin necesidad de dirigirse a los tribunales. Si los interesados

se consideran agraviados por esa declaración, les asiste el derecho de pedir su nulidad y, por ende, la declaración de subsistencia del acto, por ante los órganos jurisdiccionales competentes.

En la Ley de Propiedad Industrial se establece que las patentes de invención quedarán sin efecto, entre otras causas, por la falta de pago de alguna de las anualidades, y también, por el transcurso de dos años desde la fecha de la expedición de patente, sin haber explotado en Venezuela el invento que las haya motivado (art. 17, apartes c) y d). La misma ley dispone que el registro de una marca de comercio queda sin efecto cuando *caduque* por no haberse hecho uso de la marca durante los dos años consecutivos (art. 36, aparte b).

En la Ley de la Naturalización, bajo el título de "Revocación de las Naturalizaciones", se enumeran, mezclados, motivos de revocación y de caducidad. Entre éstos, el hecho de que el venezolano por naturalización se presente en el exterior a servir contra Venezuela, o en nuestro territorio atente contra la integridad de la nación (art. 11, ordinales 2º y 3º). En estos casos, la pérdida de la nacionalidad adquirida, o sea, la caducidad de la carta de naturaleza, será declarada por el Ministro de Relaciones Interiores, y el interesado podrá apelar contra dicha resolución para ante la Corte Suprema de Justicia dentro del término de diez días de su publicación en la *Gaceta Oficial.*

En la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito (art. 7) se establece que caducará la autorización de promoción de un banco que hubiere sido concedida, si vencieron los plazos allí establecidos, sin que los interesados hubieren formalizado solicitud para iniciar las operaciones bancarias.

La Ley de Minas establece varias causas de *caducidad* de las concesiones mineras, entre otras, la falta de pago durante un año, del impuesto superficial; el transcurso de tres años desde la publicación del título en la *Gaceta Oficial,* sin haberse empezado la explotación; la suspensión de los trabajos por más de dos años, después de empezada la explotación (art. 57, ordinales 1º, 3º y 4º).

103. *La declaración de decaimiento*

Según queda expuesto, la desaparición de alguna de las condiciones jurídicamente necesarias para la formulación y subsistencia del acto administrativo es la causa de extinción del acto administrativo llamada decaimiento. También en este caso se requiere una declaración de la autoridad administrativa que haga constar la pérdida de la fuerza jurídica del acto. Si se designa para un cargo público a un venezolano y éste adquiere más tarde una nacionalidad extranjera, si el desempeño del expresado destino requiere el goce de la nacionalidad venezolana, el nombramiento cesará en sus efectos, aun cuando se haya efectuado legalmente para una duración determinada. La desaparición de uno de los presupuestos del acto trae como forzosa consecuencia, la supresión de este último

CAPITULO XV

LOS SERVICIOS PUBLICOS. DEFINICION. ELEMENTOS. REGIMEN JURIDICO ESPECIAL. EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA EN FRANCIA. CLASIFICACIONES. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

104. *Noción general*

No hay en la actualidad un concepto unitario acerca de la expresión "servicio público". En efecto, no existe acuerdo entre los autores sobre la significación precisa de esta expresión.

Para algunos autores de comienzos del siglo XX, el funcionamiento de los servicios públicos constituye la actividad total del Estado. Se habló así, del servicio público legislativo, del servicio público de la justicia y del conjunto de servicios públicos de la administración, comprensivos estos últimos de toda la actividad administrativa.

Ante todo, debemos distinguir de los servicios públicos, las funciones jurídicas del Estado. Son éstas: la función legislativa, que consiste en la elaboración de las reglas de derecho generales e impersonales; la función administrativa, que consiste en la realización de actos jurídicos de efectos individuales y generales y de operaciones materiales, todo ello con el objeto de dar ejecución a las leyes, y de proveer a los requerimientos de la utilidad general; y, en fin, la función jurisdiccional encargada de aplicar el derecho en las situaciones controvertidas. El ejercicio de la función administrativa impone a las autoridades respectivas el deber de cumplir, conforme a las normas legislativas, un cúmulo de tareas o cometidos, esto es, de objetivos o fines concretos, y entre éstos, los principales son los servicios públicos.

De lo antes expuesto se desprende que no toda la actividad del Estado consiste en el funcionamiento de los servicios públicos; y además, que el concepto de administración tiene mayor amplitud

que el de servicio público. Todo servicio público forma parte de la administración; pero no todas las actividades administrativas constituyen servicios públicos. Por otra parte, hay diversidad de servicios públicos y, en consecuencia, éstos no están sometidos a un régimen jurídico uniforme.

Todo servicio público depende, directa o indirectamente, de una persona pública territorial. Existen, pues, servicios públicos nacionales, de los estados y municipales.

105. *Brillo y decadencia de la noción de servicio público*

A fines del siglo XIX, y aún más, en las primeras décadas del presente siglo, bajo la influencia ejercida en Francia y fuera de ella por los notables juristas de la Escuela de Burdeos, Duguit y Jeze, la noción de servicio público adquirió un brillo extraordinario, que ha perdido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

La mencionada escuela, llamada también Escuela del Servicio Público, reduce todo el derecho administrativo a la teoría del servicio público. Para Duguit, el Estado no es otra cosa que una "cooperación de servicios públicos". El mismo autor define el servicio público como "toda actividad cuyo cumplimiento debe estar asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente realizada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante". Al mismo tiempo —expresa Duguit— los poderes de los gobernantes se hallan limitados y exclusivamente adscritos a esta actividad de servicio público, y todo acto de los gobernantes carece de valor cuando persigue un objeto distinto del objeto propio del servicio público. Las ideas del notable constitucionalista se condensan en su magnífica síntesis: "El servicio público es el fundamento y el límite a la vez del poder gubernamental".[1]

Gaston Jeze, a su vez, proclamaba en 1914: "El servicio público es hoy día la piedra angular del derecho administrativo

1. Leon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3ª edición, t. II, pp. 59 y ss.

francés. Esta noción sirve para volver a modelar todas las instituciones del derecho público".[2]

Los autores más recientes, aun en la propia Francia (Waline y Laubadère, entre otros), reconocen la decadencia actual de la noción de servicio público.[3] Ya Bonnard, miembro del grupo de Burdeos, había advertido que ciertas actividades administrativas no son relativas a los servicios públicos, y que esto ocurre especialmente en lo que respecta a la gestión del dominio privado de las entidades públicas, del cual deriva rentas la administración, como las obtiene un particular de su propiedad.[4] Algunos autores contemporáneos estiman que la noción de servicio público debería desaparecer de la construcción del derecho administrativo, porque ha llegado a ser confusa, equívoca, incomprensible y que sería útilmente reemplazada por nociones más claras.[5] Para la mayoría de los autores vivos, si bien la noción de servicio público no tiene hoy la importancia que anteriormente se le asignó, conserva en el derecho administrativo un lugar importante. La jurisprudencia del Consejo de Estado en Francia la utiliza con suma frecuencia; pero no es ya el concepto básico de todas las concepciones del derecho administrativo.

Por otra parte, conviene advertir que la importancia excepcional que ha tenido en el derecho francés la noción de servicio público se debe, en gran parte, como luego veremos, a que de ella ha dependido en numerosos casos, la solución de conflictos de competencia entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial, especialmente en los juicios seguidos contra el Estado por daños causados a particulares con ocasión de actividades de la administración. Este último aspecto carece de interés en Venezuela, donde el poder judicial ha ejercido siempre el monopolio de la jurisdicción.

2. Gaston Jèze. *Principes Généraux du droit administratif.* Prólogo de la 2ª edición, 1914.
3. Waline, *Droit Administratif,* 8ª edición, 1958, números 1.051 y 1.052; y Laubadére. *Traité Elémentaire,* 2ª edición, 1957, núms. 1.051 y ss.
4. Roger Bonnard, *Précis,* 4ª edición, París, 1943, p. 45.
5. Jean Rivero. *Droit administratif,* 2ª edición, 1962, núm. 30.

106. *Definición*

Entendemos por servicio público toda actividad a cargo de una entidad administrativa que tenga por finalidad dar satisfacción a una necesidad de interés general.

a) En la anterior definición aparece el servicio público concebido como una "actividad". Se considera servicio público la actividad, la tarea dirigida a dar satisfacción a las necesidades públicas, esto es, aquellas necesidades cuya satisfacción importa a todos.

Pero la expresión "servicio público" es igualmente empleada con suma frecuencia para designar la repartición administrativa u organismo del Estado encargado de realizar o controlar aquella actividad. Por ejemplo, la enseñanza constituye servicio público, e igualmente lo constituyen, las inspectorías de educación, los liceos y escuelas; en el primer sentido expresado es un servicio público el de la defensa nacional, y en el segundo, el estado mayor conjunto; e igualmente, según la primera concepción es un servicio público, la lucha contra el paludismo, y en el segundo, la dirección de malariología.

Es indudable que la concepción material del servicio público tiene una significación anterior y superior a la concepción orgánica. Aquélla origina ésta. Sólo por efecto de haberse estimado determinada actividad como indispensable para dar satisfacción cumplida a una necesidad colectiva, puede procederse a la creación de organismos destinados a realizar aquélla o a controlar su realización.

b) Se expresa en la anterior definición, como elemento esencial del servicio público, que ha de estar a cargo de una entidad administrativa. En principio, toda actividad erigida en servicio público ha de ser desarrollada directamente por el Estado o por alguna de las restantes entidades públicas territoriales; pero es admisible que la gestión del servicio la realice una entidad pública territorial indirectamente, por medio de un instituto oficial autónomo, de un concesionario o de una sociedad de economía mixta.

c) En la última parte de la definición se afirma que el servicio público tiene por finalidad dar satisfacción a una necesidad

de interés general. En efecto, la finalidad de la creacion de un servicio público no puede ser otra: dar satisfacción a una necesidad que interese a todos. Una actividad llega a convertirse en servicio público cuando los poderes públicos competentes deciden que la asuma el Estado para dar satisfacción regular y continua a una necesidad a la cual la iniciativa privada no podría asegurar sino una satisfacción incompleta o intermitente o llena de inconvenientes.

La finalidad de dar satisfacción a necesidades públicas es un rasgo que distingue los servicios públicos de las empresas privadas de la administración, creadas por el Estado o incorporadas a su patrimonio, por compra, donación, herencia o legado, o en virtud de medida confiscatoria o decisión judicial, o por cualquier otro acto traslativo de la propiedad, las cuales constituyen sólo para la administración un objeto de explotación económica, esto es, una fuente de ingresos pecuniarios.

Para algunos autores italianos la noción de servicio público queda limitada a aquellas actividades de la administración que tienen por finalidad dar satisfacción a una necesidad pública mediante prestaciones dirigidas de manera directa e inmediata a las personas individualmente consideradas. Quedan comprendidos en esta noción restringida los servicios de transportes, telégrafos, teléfonos, correos y, en general, todos aquellos en que puedan determinarse los usuarios individuales de cada servicio. En cambio, de dicha noción quedan excluidos los servicios de la defensa nacional y de la policía del orden, y todos aquellos no destinados a suministrar prestaciones directas e inmediatas a los miembros de la comunidad, individualmente considerados. Todos los componentes de la nación estamos interesados en la defensa de la integridad de sus instituciones; existe asimismo la necesidad colectiva de mantenimiento del orden y de la tranquilidad social, y del respeto a la vida y a la propiedad de cada uno de los habitantes de la nación; pero ningún ciudadano, individualmente considerado, es usuario de los servicios de la defensa y de la policía. Por eso, ambas actividades son calificadas en la doctrina expuesta, funciones esenciales del Estado, pero no servicios públicos. Preferimos la doctrina dominante en Francia, según la cual son servicios públicos las

tareas que en una u otra de las formas expresadas persiguen dar satisfacción a necesidades de interés colectivo.

107. *Régimen jurídico especial*

En la definición que hemos dado nada se dijo acerca de la necesidad de que todo servicio público esté sujeto a un régimen jurídico especial. En efecto, una de las cuestiones más debatidas en esta materia es la de resolver si es o no esencial a la noción de servicio público, la existencia de un régimen jurídico especial. Jeze la incluye en la definición del servicio público. Para que haya servicio público, según el citado autor, es indispensable la existencia de reglas jurídicas especiales que tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público para satisfacer en la forma más rápida y completa, las necesidades de interés general. De este modo se reduce la noción de servicio público a las tareas que los poderes públicos han resuelto someter a un régimen jurídico especial, esto es, subordinar a un conjunto de reglas administrativas que por estar fuera de la órbita del derecho privado, forman lo que se llama el régimen jurídico exorbitante.

Es evidente que el funcionamiento de los servicios públicos de la defensa, de la policía del orden y de la sanidad está regido por preceptos de derecho administrativo, diferentes de las reglas de derecho privado; pero esta sumisión a un régimen distinto del derecho común es la consecuencia de haber sido instituidas esas actividades como servicios públicos, y no la condición de existencia de esos servicios. La presencia del servicio público escribe Laubadère acarrea precisamente siempre la aplicación del derecho administrativo. El mismo autor observa que la intención manifestada por los poderes públicos, de someter una actividad a reglas exorbitantes constituye uno de los indicios posibles que permite reconocer el servicio público.[6]

En síntesis, la idea de régimen especial no es inherente a la definición del servicio público.

6. Laubadère, *ob. cit.*, núms. 1.049 y ss.

108. *Evolución de la jurisprudencia y de la doctrina en Francia*

Desde comienzos del presente siglo la jurisprudencia y la doctrina reconocieron en Francia como principios indiscutibles de derecho público, que los conflictos provocados por el funcionamiento de los servicios públicos corresponden al conocimiento de los tribunales administrativos, y se rigen por las reglas especiales del derecho administrativo y, en fin, que es de la competencia de los tribunales administrativos y está sujeto al régimen especial de derecho administrativo, todo lo concerniente a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, sea que la administración actúe por vía de contratos o por vía de autoridad. Este criterio fue expuesto por vez primera en el celebre "arrêt Blanco", dictado por el Tribunal de los Conflictos el 8 de febrero de 1873; pero sólo treinta años después fue ampliamente acogido por la jurisprudencia y la doctrina. La famosa decisión Blanco, llamada así por el apellido de los reclamantes, fue dictada con ocasión de una demanda de indemnización propuesta contra el Estado francés a causa de la fractura de una pierna, ocasionada a un menor por una vagoneta de la manufactura nacional de tabacos en Burdeos, mientras dicho vehículo atravesaba la calle, conduciendo mercancías de uno al otro de los edificios de la mencionada empresa. El Tribunal de los Conflictos, llamado a decidir si el conocimiento de la controversia correspondía a la jurisdicción administrativa o a los tribunales judiciales, consideró que la responsabilidad que puede incumbir al Estado en razón de los daños causados a particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular, que esta responsabilidad tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados y, en consecuencia, resolvió que los litigios derivados del juego de los servicios públicos son de la competencia de los tribunales administrativos.

El criterio expuesto fue confirmado en decisiones del Consejo de Estado, particularmente en el interesante *arrêt Terrier,* de 6 de febrero de 1903. El Consejo General de Saone et Loire ofreció a

los particulares por la caza de víboras una remuneración de un cuarto de franco por cabeza de víbora. Uno de los cazadores, el señor Terrier, a quien le fue negado el pago de la remuneración, demandó al Departamento por ante el Consejo de Estado. Se planteó con carácter previo la cuestión relativa a la competencia jurisdiccional, para lo cual era preciso resolver dos asuntos, a saber: si era aplicable a las actividades de los departamentos el criterio de servicio público, y si bastaba el compromiso contraído por el Consejo General para dar por creado el servicio público de destrucción de víboras. El Consejo de Estado resolvió: 1º) Que el criterio de servicio público es el criterio general aplicable a todos los litigios, incluso a los originados de la actividad de las entidades locales; 2º) Que la creación de un servicio público no implica necesariamente la creación de un cuerpo de agentes públicos, y puede consistir simplemente en toda acción de una entidad administrativa encaminada a satisfacer una necesidad de interés general. Por eso, en aquel caso el Consejo de Estado reconoció su competencia para conocer.

El fallo de 22 de enero de 1921, dictado por el Tribunal de los Conflictos en el asunto denominado "Bac d'Eloka", inaugura una nueva etapa jurisprudencial, al establecer la distinción de los servicios públicos, en dos grupos sometidos a regímenes jurídicos distintos. Hasta entonces dominaba el criterio conforme al cual toda la administración estaba regida por el derecho público, y en sus actividades carecía completamente de aplicación el derecho privado. La expresada decisión fue dictada con motivo de una reclamación contra el gobierno colonial de la Costa de Marfil, en razón de los daños sufridos por un particular. Dijo entonces el Tribunal de los Conflictos que, efectuando mediante remuneración el transporte de peatones y vehículos de una a otra ribera de una laguna, la Colonia de la Costa de Marfil explotaba un servicio de transporte *en las mismas condiciones que un industrial ordinario* y, en consecuencia, que correspondía a la autoridad judicial, conocer de la reclamación de daños y perjuicios provenientes del hecho invocado. La doctrina francesa y ulteriores decisiones de los órganos jurisdiccionales dedujeron de allí que la responsabilidad proveniente

de daños y perjuicios causados a particulares por servicios del Estado explotados *en las mismas condiciones que un industrial ordinario* sería apreciada según las reglas del derecho privado.[7]

La decisión recaída en el asunto "Bac d'Eloka" no mereció de inmediato la atención de la doctrina; pero posteriormente ha sido confirmado en numerosas ocasiones el criterio en ella expuesto. En el actual momento se considera que los servicios públicos industriales y comerciales de gestión privada, o sea, aquellas explotaciones del Estado susceptibles de ser atendidas por empresas particulares, están sometidos al derecho privado en cuanto concierne a la responsabilidad frente a los usuarios del servicio, a la responsabilidad frente a terceros, a la situación del personal que no sea de dirección, a las relaciones con otras colectividades públicas y, en fin, a los contratos celebrados con los usuarios. Estas han sido las conclusiones extraídas de numerosas decisiones del Consejo de Estado. Por lo demás, tales actividades no cesan, sin embargo, de ser servicios públicos, y por ello, el abandono del régimen especial de derecho público no es completo, y en consecuencia los miembros del personal de dirección conservan la calidad de funcionarios, la expropiación puede ser empleada para adquirir los inmuebles necesarios para el servicio, y la construcción de inmuebles destinados a éste se considera sujeta al régimen de obras públicas. Pero ha dejado de ser cierta la afirmación de Duguit y Jèze según la cual el derecho administrativo es el derecho de los servicios públicos.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, el gobierno francés llevó a cabo nacionalizaciones de numerosas empresas industriales y comerciales, y ha surgido el problema de saber si el acto de nacionalización puede considerarse creador de un servicio público, esto es, si por el hecho de haber sido transferida su propiedad al Estado, tales empresas constituyen hoy servicios públicos. La doctrina ha respondido que el acto de nacionalizar una empresa no la convierte en servicio público. Algunas de las empresas nacionalizadas, tales como las relativas a la producción y la distribución del gas, el transporte y la distribución de la corriente eléc-

7. Waline, *ob. cit.*, núms. 1.053, 1.056 y 1.074.

trica, constituían servicios públicos en manos de concesionarios antes de la nacionalización, y conservan, desde luego, ese mismo carácter. El servicio público es una tarea encaminada a dar satisfacción a una necesidad de interés público. Por lo tanto, no se puede reconocer el carácter de servicio público a las empresas que hayan sido nacionalizadas, no para dar satisfacción a una necesidad de interés general, sino en virtud de confiscaciones de carácter penal, o por motivos exclusivamente políticos. Sobre la nacionalización de la fábrica de automóviles Renault, expresa el profesor Waline: "Me niego a ver en la explotación Renault un servicio público. No ha sido determinada su nacionalización ni por el cuidado de una mejor fabricación, ni de una fabricación orientada hacia el interés nacional, por ejemplo, hacia las fábricas de guerra; lo ha sido por el cuidado de reportar beneficios al Estado. Es, pues, una gestión dominial caracterizada".[8] Siguiendo el lenguaje que hemos empleado, podemos decir que la referida fábrica es hoy una empresa privada de la administración.

109. *Determinación de la existencia del servicio público*

Según antes se expuso, hay indudablemente vaguedad e imprecisión en la noción del servicio público. Por eso, constituye algunas veces problema de difícil solución determinar con exactitud si una actividad considerada es o no, servicio público.

El concepto acerca de las actividades que revisten el carácter de servicio público no es inmutable. Por el contrario, varía de un pueblo a otro, de una época a otra. Con el desarrollo de la civilización crece el número de los servicios públicos.

El Estado aprecia libremente si en una época dada, la satisfacción de cierta necesidad de interés general debe dar lugar a la creación de un servicio público. Es a los poderes públicos —preferentemente a los órganos legislativos o deliberantes, y en ciertos casos, a los órganos de la administración— a quienes corresponde decidir si una actividad debe ser erigida en servicio público. Por eso, Gaston Jèze decía que para reconocer la existencia de un ser-

8. Waline. *ob. cit.*, 5ª edición, p. 295.

vicio público, lo indicado era averiguar la intención de los gobernantes. "Son únicamente, exclusivamente servicios públicos las necesidades de interés general que los gobernantes de un país dado, en un momento dado, han decidido satisfacer por el procedimiento del servicio público. La intención de los gobernantes es la única que debe considerarse". Es necesario, pues, averiguar en cada caso, cuál ha sido la finalidad perseguida por la ley, el reglamento o la ordenanza, y en general, por los actos de los cuerpos legislativos o de las autoridades ejecutivas: si ha sido o no dar satisfacción a una necesidad pública. Algunas veces la ley señala con plena claridad que una actividad constituye servicio público. La ley de Correos, por ejemplo, dispone: "Art. 1º) El correo es un servicio público federal exclusivo del Estado". No siempre aparecen disposiciones expresas que en forma precisa resuelvan la cuestión planteada y, en tal caso, es necesario acudir a los indicios reveladores de la voluntad de los gobernantes. Entre otros signos de esa voluntad pueden señalarse, la disposición que consagre que el servicio podrá ser explotado únicamente por el Estado o por un particular en virtud de una concesión, y la inclusión, en el acto de la organización del servicio, de reglas especiales extrañas al derecho privado.

110. *Clasificaciones de los servicios públicos*

a) Con relación a las entidades administrativas que los tienen a su cargo, los servicios públicos se dividen en nacionales, estadales, municipales y mixtos. Los servicios públicos nacionales son aquellos adscritos a la competencia del poder nacional, tales como la defensa nacional, la policía de las armas, la policía de extranjeros, la acuñación de la moneda, el control de las actividades bancarias, la inspección y vigilancia de las empresas de seguros, el registro de la propiedad industrial, los ferrocarriles, la navegación aérea, el correo, el telégrafo, los teléfonos, los servicios portuarios. No existen en la actualidad servicios exclusivos de los estados; pero conforme al artículo 137 de la Constitución Nacional, podrá el Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, atribuir a los estados determinadas materias de

la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa. Servicios públicos municipales son aquellos que están a cargo de los municipios, tales como los de urbanismo, transporte colectivo urbano, alumbrado, acueductos, mercados, mataderos, aseo urbano, y los demás que guarden relación con la vida local. Los servicios públicos mixtos o concurrentes son los que a un tiempo pueden ser atendidos por el Gobierno Nacional, los de los estados y los de los municipios, como los de sanidad, los de asistencia social, educación y policía del orden.

b) Dada la creciente diversificación de los servicios públicos, es difícil hacer de los mismos una clasificación nítida y precisa, desde el punto de vista de su naturaleza. Frecuentemente se dividen, desde el expresado punto de vista, en servicios públicos administrativos, de una parte y servicios públicos industriales o comerciales, de la otra. Entre los últimos cabe distinguir: los que escapan a la iniciativa privada, pues sólo pueden ser explotados por una entidad pública o por un concesionario, como los ferrocarriles, los teléfonos, los servicios de alumbrado y de acueductos; y aquellas actividades asumidas por el Estado que podrían ser explotadas por la iniciativa de los particulares. Unos y otros se consideran verdaderos servicios públicos, siempre que el móvil de su creación haya sido el de dar satisfacción a una necesidad de interés general, poco importa que como resultado de sus gestiones el Estado obtenga beneficios. A tales actividades se oponen las empresas privadas de la administración, no instituidas con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general. En todos los servicios públicos industriales o comerciales, y en mayor grado, en las empresas privadas de la administración, rigen normas de derecho privado, sin perjuicio de la aplicación de ciertas reglas de derecho público.

c) También se han clasificado los servicios públicos, desde el punto de vista de su importancia, en *esenciales* y *facultativos*. Entre los primeros se incluyen: la policía, entendida en un sentido amplio, como el conjunto de servicios organizados en vista de asegurar el mantenimiento del orden, la tranquilidad y la salubridad; y el de las fuerzas armadas, encargado de asegurar la

defensa del territorio. Entre los facultativos se agrupan: los relativos al régimen de transportes, protección de la agricultura, la industria y el comercio, la educación, y en síntesis, todas aquellas actividades del Estado, dirigidas al fomento de la economía y la cultura. Esta clasificación corresponde a la posición de la doctrina liberal respecto a la misión del Estado.

En nuestros días todo el mundo acepta en mayor o menor grado que es obligación del Estado, velar por el desarrollo de la economía y de la cultura. Tales servicios no tienen, pues, el carácter de facultativos.

111. *Principios fundamentales de los servicios públicos*

Los servicios públicos, cualquiera que sea la clase a que pertenezcan, se rigen por los siguientes principios fundamentales:

1) *Obligatoriedad.* Su gestión constituye un deber de las autoridades y, por lo tanto, los servicios públicos deben funcionar, si no por la acción inmediata de las autoridades, bajo el control de las mismas.

2) *Mutabilidad.* En todo servicio público existe siempre la posibilidad de que las normas relativas a la organización y el funcionamiento del mismo puedan ser modificadas en todo instante, por la autoridad competente, en beneficio de la comunidad. Poco importa que la prestación del servicio haya sido concedida a un particular o empresa privada, lo que no afectará la potestad de las autoridades de introducir modificaciones en las reglas concernientes a la organización y el funcionamiento del servicio.

3) *Continuidad y regularidad.* Dada la importancia que tiene para la colectividad el funcionamiento de los servicios públicos, éste no puede ser interrumpido, y debe desarrollarse conforme a reglas preestablecidas, de modo que el público pueda en todo momento contar con los servicios. Por eso, las legislaciones generalmente prohiben o limitan al menos, el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos. En Venezuela el Código Penal (art. 209) castiga la huelga de funcionarios o el abandono indebido

de las funciones realizado en número de tres o más y previo acuerdo; y la Constitución dispone que en los servicios públicos el derecho de huelga se ejercerá únicamente en los casos que la ley determine (art. 92), sin que hasta hoy se haya dictado ninguna ley sobre ese particular.

4) *Igualdad.* En los servicios públicos todos los individuos son iguales. La regla de la igualdad ante el servicio público es un corolario del principio de la igualdad social y jurídica que las constituciones democráticas proclaman, y que entre nosotros consagra el preámbulo de la Constitución. La regla de la igualdad ante el servicio significa que los agentes del servicio público tienen el deber de suministrar el servicio a pedido de cualquier administrado, en las condiciones legales y reglamentarias; que todos los usuarios de una misma categoría están sometidos a las mismas tasas; y, en fin, que todo los ciudadanos tienen idénticas posibilidades de acceso a los cargos creados para asegurar la marcha de los servicios.[9]

9. Luis Rolland, *Précis,* 7ª edición, París, 1938, núm. 23; y Waline, *ob. cit.,* 8ª edición, 1958, núms. 1.058 y ss.

CAPITULO XVI

CREACION, ORGANIZACION Y SUPRESION DE SERVICIOS PUBLICOS. MODO DE PRESTACION

112. *Doble acepción de la expresión "servicio público"*

Conviene recordar que la expresión "servicio público" es usada tanto en sentido material, como en sentido orgánico. Se denomina servicio público en sentido material, toda actividad a cargo de una entidad de derecho público que tenga por finalidad dar satisfacción a una necesidad de interés general. En sentido orgánico el servicio público es el aparato administrativo u organismo estatal encargado de realizar o controlar actividades de la naturaleza expresada.

113. *Creación de servicios públicos. Opiniones doctrinarias*

Crear un servicio público enseña el profesor Waline- es tomar la iniciativa de confiar a una colectividad administrativa una cierta tarea de interés público".[1] En esta definición se toma en cuenta el servicio público en sentido material. Crear un servicio público es también dar nacimiento a una oficina pública o repartición administrativa llamada a ejecutar determinadas tareas de interés público. Tal es el significado en que emplea dicha expresión el ordinal 11º del artículo 190 de la Constitución, que confiere al Presidente de la República la facultad de "decretar en caso de urgencia comprobada, durante el receso del Congreso, la creación y dotación de nuevos servicios públicos, o la modificación o supresión de los existentes, previa autorización de la Comisión Delegada.

En Francia, con anterioridad a la Constitución de 1958, la jurisprudencia y la doctrina en forma unánime atribuían la creación de los servicios públicos a la competencia del legislador. Tal atribución de competencia se consideraba la consecuencia lógica del

1. Waline, *Traité Elémentaire*, 5ª edición, p. 298.

principio conforme al cual sólo el legislador puede limitar las libertades públicas, consagrado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En efecto, se sostenía, toda creación de servicio público limita, en mayor o menor grado, las libertades individuales, pues si se trata de un servicio público explotado por el Estado con exclusión de los particulares, constituye una limitación de las libertades de industria y comercio; tratándose de un servicio público gestionado por el Estado en concurrencia con los particulares, la limitación de las libertades públicas resulta del poder financiero del Estado y de los privilegios que lo favorecen; y, en fin, aunque el servicio público no sea explotado directamente por el Estado, sino por medio de un concesionario, las limitaciones de las expresadas libertades pueden observarse desde un doble punto de vista: el concesionario queda sujeto en sus relaciones con el Estado a un régimen de derecho público, restrictivo de la libertad individual, y las demás personas quedan privadas del ejercicio de la respectiva actividad por toda la duración de la concesión. Por otra parte, en lo que respecta a los servicios públicos en sentido orgánico, como su funcionamiento ocasiona gastos —se afirmaba— la existencia de una partida presupuestaria, que ha de ser aprobada por el cuerpo legislativo, se hace absolutamente indispensable.

Sin embargo, se admitía en Francia que en los departamentos, la creación de los servicios públicos podía ser obra de los Consejos Generales, y en las Comunas, de los Concejos Municipales. El fundamento de la competencia de las autoridades locales se hallaba en las leyes de 1871 y 1884 sobre la organización departamental y municipal, respectivamente, las cuales no enumeran de manera taxativa los servicios públicos departamentales y municipales, sino que la primera de las expresadas leyes, tras de una enunciación de servicios públicos departamentales, autoriza a los Consejos Generales para regular todos los objetos de interés departamental, y la segunda de dichas leyes, de un modo general atribuye al Concejo Municipal la función de regular por sus deliberaciones, los negocios de la Comuna. Por lo expuesto, la jurisprudencia y la doctrina francesas sostenían que la competencia de las autoridades locales para crear servicios públicos deriva de las leyes nacionales; y por

eso, concluían que aquélla no menoscaba la facultad del parlamento como autoridad calificada para la creación de los servicios públicos.[2]

Finalmente se estimaba que el parlamento, en tiempos de guerra, podía habilitar a las autoridades administrativas para que éstas procedieran a crear servicios públicos, caso en el cual el poder ejecutivo quedaba autorizado para crear servicios públicos mediante decretos.

La situación ha cambiado con motivo de las disposiciones de la Constitución de la V República Francesa, aprobada por referéndum de 28 de setiembre de 1958. No se confirma en dicha Constitución el principio de la necesidad de ley para la creación de servicios públicos. La creación de los servicios públicos no figura entre las materias reservadas al legislador (art. 34). Tan sólo se requiere una ley para fijar las reglas concernientes a la creación de categorías de establecimientos públicos y a la nacionalización de las empresas privadas, decisiones ambas que pueden corresponder a servicios públicos, pero que no consisten propiamente en la creación de los mismos. Ahora bien, conforme al artículo 37 de la citada Constitución, todos los asuntos, con excepción de aquellos del dominio de la ley, tienen un carácter reglamentario. Por lo tanto, la creación de los servicios públicos depende hoy en dicho país de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo.[3]

Entre los autores hispanoamericanos, el profesor Sayagués Laso opina que la determinación de si una actividad constituye o no servicio público debe hacerse por ley nacional. Agrega que en los Estados liberales, como el Uruguay, su país, el individuo se mueve dentro de los límites que fija la ley; y que, por lo tanto, la calificación de una actividad como servicio público, sustrayéndola así del campo de la iniciativa individual, requiere norma legislativa.[4]

Otro expositor hispanoamericano, el profesor colombiano Carlos H. Pareja, partiendo de las mismas razones antes invocadas,

2. Waline, *ob. cit.*, p. 298; y André de Laubadère, *Traité Elémentaire*, 2ª edición, pp. 547 y ss.
3. Jean Rivéro, *Droit Administratif*, 2ª edición, núm. 455.
4. Sayagués Laso, Tratado, t. I, núm. 31.

opina que la creación de los servicios públicos sólo puede hacerla "la ley o sus sustitutos, la ordenanza o el acuerdo".[5]

114. *Derecho positivo venezolano. Creación de servicios públicos nacionales*

En Venezuela, conforme a la Constitución en vigor (art. 96) las libertades económicas no tienen más limitaciones que las previstas en la propia Constitución y las que establezcan las leyes, debiendo entenderse por éstas, las nacionales. Por regla general (art. 97), la Constitución no permite monopolios; por excepción, acepta que puedan otorgarse *en conformidad con la ley,* concesiones con carácter de exclusividad, y por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público. El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones *o servicios de interés público* por razones de conveniencia nacional, y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica bajo su control. Agrega el texto constitucional que *la ley* determinará lo concerniente a las industrias promovidas y dirigidas por el Estado.

De estas disposiciones se desprende que el ejercicio de toda actividad lucrativa, sea mercantil o industrial, corresponde en principio a la libre iniciativa de los particulares, y que las reservas, limitaciones y restricciones únicamente pueden resultar de la propia Constitución y de las leyes de la nación.

En lo tocante a la creación de servicios públicos, a nuestro parecer, debe distinguirse entre aquellos que han de explotarse con carácter de exclusividad, ya sea por el Estado o por un concesionario, y los que pueden gestionarse en un régimen de libre concurrencia. Los primeros afectan la libertad económica de los individuos, por las razones ya expresadas; los segundos, no. En efecto, no compartimos la opinión de que la enseñanza gratuita, impartida en los planteles públicos, constituya una limitación de la libertad de los dueños de planteles privados. En general, no creemos que sufran restricciones en sus libertades constitucionales,

5. Pareja, Carlos H., *Curso de Derecho Administrativo,* Bogotá, 1939, t. I, p. 279.

la empresas privadas que concurren con el Estado en la satisfacción de alguna necesidad de interés general, aunque aquéllas tengan que oportar las desventajas del poderío económico del Estado y de las prerrogativas fiscales de que éste goza.

Los servicios públicos atendidos con carácter de exclusividad por el Estado o por un concesionario sólo pueden ser creados por leyes nacionales. Es indudable que en el orden nacional la creación de servicios públicos en sentido material con las características expresadas, es de la competencia exclusiva del Congreso. El correo, el telégrafo, los teléfonos, los ferrocarriles, la navegación aérea y la acuñación de la moneda, entre otros, son servicios públicos nacionales, explotados unos exclusivamente por el Estado, y otros, bien por el mismo o por medio de concesionarios, en virtud de disposiciones de las leyes respectivas, dictadas por el Congreso.

115. *Creación de servicios públicos en los estados y municipios*

En el ámbito de los estados y de los municipios, los servicios explotables bajo un régimen de monopolio han de ser creados por las Asambleas Legislativas en los primeros, y por los Concejos Municipales en los segundos, en virtud de poderes reconocidos a aquellas entidades, explícita o implícitamente, en la Constitución o en las leyes de la nación. Por ejemplo, la Constitución Nacional tradicionalmente ha reconocido competencia al poder municipal para organizar los servicios de acueductos, alumbrado, mataderos, transporte urbano, y "demás de carácter municipal". La Constitución actual (art. 30), declara que corresponden a la competencia municipal cuanto tenga relación con las materias propias de la vida local, y a manera de ejemplos enumera varios servicios públicos, como los de circulación y policía municipal. La misma disposición establece que la ley podrá atribuir a los municipios competencia exclusiva en determinadas materias, así como imponerles un mínimo obligatorio de servicios. Mientras se dicta la Ley Orgánica Nacional relativa al gobierno y administración de los municipios, la disposición transitoria primera mantiene en vigencia el actual régimen y organización municipal de la República. Por lo tanto, los Municipios conservan la organización de sus servicios

públicos de mataderos, acueductos, alumbrado, transporte urbano y demás de carácter municipal, regulados por ordenanzas dictadas por los Concejos Municipales, conforme a disposición expresa de las anteriores Constituciones de la nación.

115A. *Creación de servicios públicos en el sentido orgánico*

En lo relativo a la creación de servicios públicos en el sentido orgánico, conviene distinguir entre las diferentes entidades territoriales. En el orden nacional, él texto constitucional es claro: su creación corresponde al Congreso, y durante el receso de éste, al Presidente de la República, en caso de urgencia comprobada, y previa autorización de la Comisión Delegada. En los Estados, habrá que atenerse a lo que dispongan las respectivas Constituciones regionales: ordinariamente dicha creación incumbe a la Asamblea Legislativa, y en el receso de dichos cuerpos, a los Gobernadores, previa autorización de la Comisión Delegada de la Asamblea Legislativa. En los municipios, la creación de nuevos servicios en el sentido orgánico, es de la competencia exclusiva de los Concejos Municipales.

En nuestra opinión, y por las razones anteriormente expuestas, las Asambleas Legislativas de los Estados pueden crear servicios bajo el sistema de libre concurrencia en todo lo que no corresponda de modo exclusivo a la competencia nacional o municipal. No requieren para ello facultad explícita conferida por el cuerpo legislativo nacional. Igualmente pensamos que sin autorización del Congreso, pueden los Concejos Municipales crear, bajo el sistema de libre concurrencia, toda clase de servicios relativos a la vida local.

116. *Organización de los servicios públicos*

La organización de los servicios públicos comprende el conjunto de reglas relativas al funcionamiento de los mismos. Como se trata de fijación de reglas, la organización de servicios públicos compete en primer término al cuerpo legislativo, y subsidiariamente, a las autoridades administrativas. La doctrina francesa anterior a

la actual Constitución, estimaba que si la creación de los servicios públicos está reservada a la ley, el poder ejecutivo es competente para todo lo que concierne a "la organización interior de los servicios públicos y las condiciones de su funcionamiento que no lesionen derechos de terceros" (Concl. Romieu). Hoy es indiscutible en Francia que la organización de los servicios públicos deba hacerse por vía reglamentaria, por no ser materia atribuida al dominio de la ley. Entre nosotros, es de advertir que no existe un dominio exclusivo reservado a la competencia reglamentaria del poder ejecutivo. O lo que es igual, que la autoridad ejecutiva por medio de reglamentos podrá prever y fijar las reglas de funcionamiento de los servicios públicos, salvo aquellas cuestiones que hayan sido reguladas por la ley.

117. *Supresión de los servicios públicos*

La supresión de un servicio público consiste en la derogación de la disposición creadora de aquél. Por eso, la supresión del servicio público debe emanar de la misma autoridad que dispuso la creación.

118. *Modos de gestión de los servicios públicos*

Existen diversos modos o formas de gestión de los servicios públicos. Con el desarrollo de la civilización estos modos de gestión de los servicios públicos tienden a aumentar y a revestir modalidades especiales.

Hasta 1928 en Venezuela sólo se conocían dos modos de gestión, a saber: la prestación directa y la concesión. La prestación directa—la *régie,* de que hablan los autores franceses—, consiste en la realización de las actividades del servicio por el Estado, con su propio personal y con sus propios medios. Cuando hacemos referencia al Estado en esta ocasión queremos aludir a las diversas entidades públicas de carácter territorial: La nación, los Estados de la Unión, los municipios. En los casos de gestión de un servicio público en forma de prestación directa, la persona pública territorial de la cual depende el servicio asegura el funcionamiento del mismo

con su patrimonio y su personal. En la concesión del servicio público la persona pública confía a otra persona, generalmente un particular o empresa privada, el cuidado de hacer funcionar el servicio. A partir del año 1928 surge entre nosotros una nueva forma de gestionar los servicios: el instituto oficial autónomo, o sea, el servicio público dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio. Posteriormente han aparecido en nuestro país las sociedades de economía mixta y las empresas del Estado.

119. *Prestación directa*

Los servicios públicos que no consisten en la realización de operaciones industriales o comerciales, y que denominamos "servicios públicos administrativos", son de ordinario gestionados directamente por las entidades públicas de las cuales dependen, y por excepción, por institutos oficiales autónomos.

En estos casos, el personal del servicio está constituido por las autoridades administrativas, y por los funcionarios, empleados y obreros que de ella dependen. Todos estos individuos perciben su remuneración con cargo al respectivo tesoro público: de la nación, del estado o del municipio, según sea el caso. Los bienes utilizados en el servicio pertenecen a la entidad administrativa que lo tiene a su cargo. Todos los gastos del servicio son pagados con cargo al respectivo tesoro público, y si algunos ingresos produjere, pasarán al mismo tesoro. El servicio no es en este caso un sujeto de derecho: los daños ocasionados a particulares con motivo de su funcionamiento serán cubiertos por la respectiva entidad territorial, y sólo ésta podrá comparecer en juicio, como actora o como demandada, en todos los litigios que se susciten con motivo de la marcha del servicio público.

Este es el modo de gestión utilizado por el gobierno nacional para los servicios públicos de la defensa, el diplomático y el consular, los de policía del orden y de extranjeros, identificación, servicios portuarios, registro de la propiedad inmobiliaria, registro de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual, correos y telégrafos, sanidad y asistencia social y educación, salvo en la rama universitaria.

120. *La concesión*

La concesión de servicio público es un modo de gestión del servicio público que consiste en que una persona pública territorial, llamada en este caso el *concedente,* confía temporalmente y por medio de un contrato a otra persona, que en esta ocasión se denomina el *concesionario* —particular o empresa privada— el cuidado de hacer funcionar un servicio público a riesgo del concesionario, a quien confiere el derecho de percibir una *tasa* de los *usuarios.*

El servicio público concedido presenta a un tiempo los caracteres de empresa privada y de empresa pública. Tanto los individuos que intervienen en la dirección del servicio, como en su ejecución, son particulares y no agentes públicos; sus bienes son bienes de particulares; las relaciones de la empresa con todo el personal de su dependencia se rige por las leyes laborales; los intereses del concesionario son intereses privados, y al asumir los riesgos de funcionamiento del servicio, el concesionario persigue una ganancia económica: son características de una empresa privada. En cambio, las autoridades administrativas que representan al concedente conservan el derecho de control sobre el servicio, la potestad de disponer la modificación de la organización del mismo, y dentro de ciertos límites, la facultad de dirigir su funcionamiento: por esto se dice que el servicio público concedido continúa siendo servicio público.

La concesión es un modo de gestión que únicamente puede ser utilizado con respecto a aquellos servicios que consisten en operaciones industriales o comerciales. En Venezuela numerosas leyes autorizan al gobierno nacional para el otorgamiento de concesiones relativas al funcionamiento de servicios públicos nacionales; así ocurre con los servicios de ferrocarriles, teléfonos, navegación aérea, entre otros. Conforme a las ordenanzas municipales respectivas, los gobiernos municipales pueden otorgar concesiones para el funcionamiento de los servicios de alumbrado, tranvías, autobuses, acueductos.

En nuestro país, el Instituto Nacional de Obras Sanitarias, que es un instituto oficial autónomo creado por el gobierno na-

cional, está facultado, según el decreto de su creación, para celebrar con los gobiernos municipales convenios relativos a la construcción de acueductos y cloacas y a la explotación y administración de los mismos. De conformidad con esa disposición del decreto de su creación el INOS ha celebrado convenios con los más importantes municipios de la República en virtud de los cuales aquel Instituto se ha convertido en concesionario de servicios públicos municipales. Es un caso excepcional en que el concesionario no es un particular ni empresa privada, sino un instituto oficial.

121. *Institutos oficiales autónomos*

Otro modo de gestión de los servicios públicos es por medio de los institutos oficiales autónomos. En este caso el servicio está dirigido por un organismo público dotado de personalidad jurídica.

El instituto autónomo venezolano equivale al "establecimiento público" de Francia y Colombia, al "organismo descentralizado de México" y al "ente autónomo" de la legislación uruguaya, a la "entidad autárquica" del derecho argentino. El otorgamiento de la personalidad jurídica hace del instituto autónomo un modo de gestión descentralizada.

En nuestro país se ha utilizado este modo de gestión principalmente para la prestación de servicios industriales o comerciales, y para el funcionamiento de servicios relacionados con la cultura. Entre los más importantes institutos autónomos figuran el Banco Agrícola y Pecuario, el Banco Obrero, la Corporación Venezolana de Fomento, las Universidades Nacionales.

Según la Constitución actual, corresponde al Congreso dictar la ley orgánica de institutos autónomos, a cuyas normas deberán someterse las leyes especiales reguladoras de cada instituto. La misma Constitución dispone que sólo por ley, y en conformidad con la aludida ley orgánica, podrán crearse institutos autónomos. Antes podían ser creados, no sólo por ley, sino también, en el receso de las Cámaras Legislativas, por decretos del Presidente de la República. La Ley Orgánica prevista en la Constitución no ha sido aún dictada.

La autonomía de cada instituto consiste en ser dirigido y administrado por órganos de dirección que les son propios. La estructura de estos órganos es variable; igualmente son desiguales los sistemas de designación de los titulares de esos órganos, y los grados de independencia de los organismos de decisión. El Banco Agrícola y Pecuario y el Banco Obrero son dirigidos y administrados por Juntas Administradoras de libre nombramiento y remoción del Ejecutivo Nacional, mientras que las Universidades Nacionales son dirigidas y administradas por los respectivos Consejos Universitarios, integrados casi en su totalidad por funcionarios inamovibles, designados por los profesores y delegados estudiantiles, y cuyas resoluciones no requieren aprobación del Ejecutivo Nacional.

122. *Sociedades de economía mixta*

Las sociedades de economía mixta son compañías anónimas en las cuales participan como accionistas en forma decisiva, el Estado o las demás entidades de derecho público. La sociedad de economía mixta es una asociación financiera de capital público con el capital privado, frecuentemente empleada como modo de gestión en los servicios públicos de carácter industrial o comercial. Sin embargo, la sociedad de economía mixta no es necesariamente un modo de gestión de los servicios públicos. Puede ser utilizada para permitir al Estado participar financieramente en una empresa privada, sin que ésta llegue a ser un servicio público. Tal como las empresas privadas de la administración, la sociedad mixta, en este caso, constituye sólo un medio de obtener el Estado ganancias pecuniarias.

En la administración pública venezolana juegan papel importante dos sociedades de economía mixta: el Banco Central de Venezuela y el Banco Industrial de Venezuela.

El Banco Central, cuya creación fue ordenada por la ley del 8 de setiembre de 1939, reviste la forma de compañía anónima, y tiene un capital de diez millones de bolívares (Bs. 10.000.000,00). La ley dispuso que la suscripción de acciones obedeciera a la siguiente proporción: un 50% correspondiente al Estado y un

50% correspondiente al público. La ley confía al Banco Central tareas de interés general. Su finalidad esencial consiste en crear y mantener condiciones monetarias, crediticias y cambiarias favorables a la estabilidad de la moneda, al equilibrio económico del país y al desarrollo ordenado de la economía. Por eso, es evidente que el Banco Central de Venezuela tiene a su cargo la gestión de servicios públicos.

La creación del Banco Industrial de Venezuela fue dispuesta por ley de 25 de julio de 1937, También reviste la forma de compañía anónima, constituida con un capital de diez millones de bolívares (Bs. 10.000.000,00) dividido en veinte mil acciones de a quinientos bolívares cada una, la mitad de ellas suscritas por la nación, y la otra mitad por el público. El objeto del Banco Industrial es también de interés público: la protección y fomento de las industrias fabriles, manufactureras y de minería nacionales. Las acciones de la nación fueron traspasadas a la Corporación Venezolana de Fomento; y en virtud de sucesivos aumentos de capital y de reformas de los estatutos, las acciones han sido reducidas a un valor de Bs. 156 cada una, y el capital es hoy de setenta y ocho millones de bolívares, dividido en quinientas mil acciones, distribuidas así: 490.000 de la Corporación Venezolana de Fomento; y las diez mil restantes, del público.

123. *Empresas del Estado*

Existen otras compañías anónimas, de las cuales el Estado *(latu sensu)* es el único accionista o el accionista mayoritario. En algunos casos, las compañías han sido promovidas y fundadas por el Estado; en otros casos, las compañías han nacido de la iniciativa privada, y posteriormente, sus acciones, en totalidad o en mayoría, han pasado a ser propiedad estatal. Entre esas empresas deben ser mencionadas: la Compañía Anónima Centro Simón Bolívar, creada con el objeto de ejecutar los trabajos de remodelación urbanística de la ciudad de Caracas, por el Municipio del Distrito Federal, la Corporación Venezolana de Fomento y el Banco Obrero, a los cuales se agrega en la actualidad la nación como accionista mayoritario; la Compañía Mercados, Silos y Frigoríficos

(MERSIFRICA), constituida por el Municipio del Distrito Federal y la Corporación Venezolana de Fomento como únicos accionistas; la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), cuyas acciones casi en su totalidad pertenecen a la Corporación Venezolana de Fomento; la Compañía Venezolana de Navegación, orignariamente de propiedad particular, y cuyas acciones hoy casi en su totalidad pertenecen a la nación, a la Corporación Venezolana de Fomento y al Instituto Autónomo de Diques y Astilleros; la Corporación Nacional de Hoteles y Turismo (CONAHOTU), también en su origen, de carácter privado, cuyas acciones, todas o casi todas, pertenecen hoy a la Corporación Venezolana de Fomento; la Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela, en su origen una empresa de accionistas ingleses, cuyas acciones casi en su totalidad han pasado a la nación y a la Corporación Venezolana de Fomento. Todas esas entidades se consideran empresas del Estado, y están sujetas al control del mismo en la forma que la ley establezca, conforme al artículo 230 de la Constitución Nacional. Jurídicamente, son compañías de comercio; y mientras la ley no las someta a un régimen de derecho público, están regidas por las disposiciones del Código de Comercio, no sólo en su organización interna, sino también en todo lo concerniente a sus relaciones con terceros. Los individuos que están al servicio de esas compañías no tienen el carácter de funcionarios públicos, salvo sus administradores, que para los efectos de la ley contra el Enriquecimiento Ilícito, se consideran funcionarios o empleados públicos (art. 2º de la citada ley). Entre las empresas del Estado, algunas son concesionarias de servicios públicos, como la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela; otras no tienen ese carácter.

CAPITULO XVII

LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION. DISTINCION ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS DE DERECHO COMUN

124. *Noción del contrato*

Los actos jurídicos efectuados por la administración pueden consistir en decisiones unilaterales, o sea, manifestaciones emanadas únicamente de la voluntad de una entidad administrativa, o en actos bilaterales o plurilaterales, esto es, aquellos en cuya elaboración interviene la voluntad de dos o más personas.

Los actos bilaterales o plurilaterales a su vez pueden subdividirse en colectivos y convencionales. En los actos colectivos las diversas voluntades concurrentes persiguen una misma finalidad: tales son las resoluciones de los cuerpos colegiados. En los actos convencionales o convenciones, en cambio, cada una de las voluntades concurrentes persigue un fin distinto. En los contratos las voluntades de uno y otro contratante se condicionan recíprocamente.

Según el Código Civil venezolano (art. 1.133), el contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico. El contrato, pues, no sólo crea obligaciones, sino también regula, transfiere, modifica o extingue obligaciones preexistentes.

La noción de contrato, tal como aparece en la definición del Código Civil, es la misma en el dominio del derecho público y del derecho privado.

125. *Categorías de contratos de la administración*

No a todos los contratos celebrados por la administración conviene la calificación de contratos administrativos. La jurispru-

dencia y la doctrina han dividido los contratos que celebra la administración en dos grandes categorías: los contratos administrativos y los contratos de derecho común. El interés de la distinción consiste en que los contratos administrativos están principalmente sometidos a reglas especiales de derecho público, elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina, en tanto que los contratos de derecho común están regidos fundamentalmente por las disposiciones del Código Civil en materia de obligaciones. En Francia, y en general, en aquellos países donde existe un doble orden de jurisdicción, la expresada distinción presenta otro interés, y es que los litigios suscitados por los contratos de derecho común corresponden al conocimiento de los tribunales judiciales, mientras que la competencia para conocer de las controversias derivadas de los contratos administrativos, pertenece a los tribunales administrativos.

Conviene señalar la importancia del régimen jurídico especial a que están sometidos los contratos administrativos. Están regulados de preferencia por reglas de derecho administrativo, frecuentemente distintas de los preceptos del Código Civil. Esto se debe a que la materia de los contratos administrativos está dominada por la idea del servicio público, o más bien, por la noción del interés general, cuya atención constituye el motivo determinante de los contratos de ese tipo.

Por lo demás, no existe una diferencia precisa entre los contratos de una y otra categoría. Los contratos administrativos no están sustraídos de un modo absoluto de la aplicación de las reglas del derecho privado; y en los contratos de derecho común que celebra la administración rigen en algunos aspectos, preceptos de derecho público.

126. *Criterios doctrinales*

En la doctrina italiana predomina una actitud adversa a la admisibilidad de actos bilaterales entre los entes públicos y los particulares que no sean contratos de derecho privado. Fúndase esta tesis en la posición desigual de los dos sujetos, que impediría aquella equivalencia jurídica de las voluntades que se estima con-

dición indispensable para que éstas puedan fundirse y constituir un acto jurídico único. También se ha invocado la incompatibilidad entre el concepto del contrato y el derecho público, considerada la diferente posición en que las partes vendrían a encontrarse en la relación nacida de un acuerdo de voluntades entre una entidad pública y un particular. Finalmente, se ha alegado que el legislador determina el contenido de los pretendidos contratos celebrados entre la administración y los particulares, lo que excluye la autonomía de la voluntad, que caracteriza el acto contractual, según la noción que de él se ha formado en la doctrina del derecho privado.

El notable expositor italiano Zanobini opina que el problema del contrato de derecho público o contrato administrativo no es un problema abstracto, sino exclusivamente de derecho positivo. Explica que en la legislación italiana, por lo general, cuando una relación de derecho público debe constituirse por medio de las voluntades concordantes de la administración y un particular, tales voluntades se concretan en dos actos distintos y separados, ambos unilaterales, uno de los cuales, el de la administración, asume la posición de acto principal, mientras que el acto del particular tiene la función subordinada de constituir una simple condición de eficacia del primero. Agrega el citado autor, que el derecho positivo italiano admite que ciertas relaciones jurídicas públicas se establezcan en forma contractual; pero que el contrato, cuando interviene, no desarrolla ninguna consecuencia sustancial sobre el contenido de la relación. Tales relaciones tienen igual eficacia, ya provengan de un contrato o de un acto administrativo. Haya o no contrato para el otorgamiento de una concesión, la administración tiene facultades de dar órdenes ejecutivas al concesionario, de aplicarle sanciones administrativas, de declarar, en casos necesarios, la caducidad, y de proceder a la renovación de la concesión. Por eso, para Zanobini, es puramente formal la importancia del problema planteado acerca de si es o no admisible la noción del contrato de derecho público o administrativo entre los entes públicos y los particulares.[1]

1. Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo,* Milano, 1954, t. I, pp. 236 a 238.

En Francia, España, en un sector de la doctrina italiana, y en los países hispanoamericanos se sostiene que la administración puede adoptar decisiones unilaterales y celebrar contratos sujetos a regímenes disímiles: contratos de derecho administrativo y contratos de derecho común. Compartimos esas ideas. Claro está que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes sufre extraordinarias limitaciones en los contratos administrativos. Tanto los modos de celebración de los contratos de esta categoría, como las reglas de ejecución de los mismos, que confieren a la administración poderes exorbitantes de intervención y aun de modificación unilateral de las estipulaciones contractuales, están en contradicción con el precepto de derecho privado conforme al cual "los contratos tienen fuerza de ley entre las partes". Precisamente por esas circunstancias, tales actos forman una categoría aparte, separada de los contratos de derecho privado; pero los conceptuamos como verdaderos contratos, en vista de que encuadran en la definición general del contrato, dada anteriormente, esto es, acuerdo de voluntades "entre dos o más personas, para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir vínculos jurídicos".

127. *Origen de la distinción entre las dos categorías de contratos*

La distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho común, hoy generalmente aceptada, ha venido a sustituir en cierto modo la teoría, abandonada desde hace muchos años, que opone los actos de autoridad a los actos de gestión.

Bajo el imperio de la expresada teoría, todos los contratos celebrados por la administración eran clasificados entre los actos de gestión, pues la administración no obraba en los contratos como depositaria del poder. En consecuencia, los contratos celebrados por la administración formaban parte de una misma categoría jurídica, estaban regulados por el derecho privado, y además, sometidos a la competencia del poder judicial, aun en aquellos países donde existían tribunales administrativos.

Abandonada la teoría de los actos de autoridad y de gestión, y admitida por la jurisprudencia y la doctrina la tesis conforme

a la cual las cuestiones relacionadas con el servicio público corresponden a la competencia de los tribunales administrativos y están reguladas por principios de derecho público, surgió la distinción de los dos tipos de contratos de la administración: los contratos relativos a los servicios públicos o contratos administrativos; y los contratos en que la administración actúa en las mismas condiciones en que lo hace un particular, llamados contratos de derecho común.[2]

128. *Criterios de distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho común*

En Francia varios contratos han recibido de la ley misma, la calificación de contratos administrativos, no en forma directa, sino mediante la atribución de competencia a los tribunales administrativos, para conocer de los conflictos surgidos de aquéllos. Así, pues, en dicho país, se consideran contratos administrativos por determinación de la ley, entre otros, el contrato de obra pública, los contratos relativos a la ocupación del dominio público por particulares y las ventas de inmuebles del Estado. En Venezuela no existen contratos administrativos por determinación de la ley.

Desde luego que es una primera condición exigida para que un contrato sea administrativo, que una de las partes al menos, sea una persona pública estatal: entre nosotros, la nación, un Estado de la Unión, un municipio o un instituto autónomo. Esta primera condición no queda cumplida por el hecho de que uno de los contratantes sea una persona pública no estatal, o una sociedad de economía mixta, o una sociedad del Estado, o bien una empresa privada concesionaria de servicios públicos. Ahora bien, según antes se expuso, las personas públicas estatales celebran contratos administrativos y contratos de derecho privado. Falta averiguar cuál es el rasgo distintivo de los primeros, cuál el elemento de diferenciación entre unos y otros.

Claro está que en aquellos países donde disposiciones legales hacen la calificación, el problema está resuelto por decisión del

2. André de Laubadère. *Traité Théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. I, núm. 12.

legislador. Fuera de tales casos se han expuesto diversos criterios acerca de la distinción entre ambas categorías de contratos celebrados por la administración. Son los siguientes :

1º) La opinión más generalizada atiende principalmente al objeto o finalidad de la administración, al celebrar el contrato. Los contratos administrativos son aquellos que tienen por finalidad dar satisfacción a un interés general o, lo que es igual, los que guardan relación con una actividad de servicio público o de utilidad pública. En numerosos fallos la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés ha mantenido a este respecto un criterio riguroso, en el sentido de que para ser administrativo un contrato celebrado por la administración, requiere que el contratante se convierta en un colaborador del servicio público, esto es, se comprometa frente a la administración a hacer funcionar un servicio público o a suministrar una prestación destinada a ayudar a la administración a hacer funcionar el servicio, tales como las concesiones de servicios públicos, y los contratos de suministros y de transportes.[3]

2º) En Francia misma, la jurisprudencia en numerosas ocasiones y parte de la doctrina, han considerado que no es suficiente, para que el contrato sea administrativo que esté ligado a una actividad de servicio público o de interés general, sino, además, que las partes se hayan sometido voluntariamente a un régimen de derecho público, principalmente mediante la inserción de cláusulas exorbitantes, esto es, no susceptibles de ser inscritas en los contratos de derecho común, o no habituales en éstos, como los que confieren prerrogativas especiales a la administración frente a los contratistas, o a éstos en relación con los terceros. Las cláusulas exorbitantes han sido también definidas como aquellas que "llevan la marca del derecho administrativo porque consisten esencialmente en estipulaciones mediante las cuales las partes adoptan reglas características pertenecientes a la teoría general de los contratos administrativos".[4]

3. André de Laubadère, *ob. cit.*, t. I, núms. 38 y 43.
4. André de Laubadère, *ob. cit.*, t. I, núms. 49 y 77.

129. *Apreciación nuestra*

Sustentamos el primero de los criterios expuestos, esto es, el que se refiere al objeto o finalidad perseguidos por la administración al celebrar el contrato. Si dicho objeto o finalidad se refieren a una actividad de servicio público en el sentido más amplio de esta expresión, es decir, si el particular o empresa privada se obligan a desarrollar una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general, el contrato pertenece a la categoría de los contratos administrativos, y en consecuencia, le serán aplicables las reglas especiales del derecho público, diferentes de las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio. Cuando faltan estas condiciones, el contrato pertenece a la categoría de los contratos de derecho común.

La importancia de precisar si un contrato celebrado por una persona pública estatal tiene o no carácter administrativo es para saber si le son aplicables las reglas especiales que, en razón de las exigencias del interés general, han sido creadas por la jurisprudencia y la doctrina para regular la ejecución de los contratos administrativos. Por eso, la consideración esencial para hacer la calificación respectiva es determinar si existe o no una finalidad de interés general. En algunas figuras jurídicas contractuales exclusivas del derecho público, como la concesión de servicios públicos o la concesión de obra pública, la finalidad de interés general es evidente. Otras veces es necesario analizar las estipulaciones del contrato para descubrir la verdadera intención de los contratantes. En hipótesis de duda la inclusión en el contrato, de cláusulas exorbitantes, puede servir para revelar esa intención, y contribuir a la acertada calificación del contrato.

Por otra parte, para que puedan entrar en juego las reglas especiales características de los contratos administrativos es necesario que por cierto tiempo se establezca un lazo permanente entre la administración y el contratista, de modo que éste participe en cierto modo en las actividades de aquélla. Por eso, si el Estado adquiere bienes mobiliarios que recibe en una sola entrega, se trata de un contrato de derecho común: el suministro

de una sola entrega, o sea, la compraventa, regida por el Código Civil y el Código de Comercio, aunque tales bienes estén destinados a un servicio público. Si por el contrario, el contratista se ha obligado a hacer a la administración entregas sucesivas de bienes muebles, destinados al servicio público, el contrato adquiere las características de un contrato administrativo: el contrato de suministros por entregas sucesivas, llamado por algunos autores, contrato de suministros múltiples.

La opinión fundada en el objeto o finalidad está en armonía con el criterio admitido en nuestro país por el más alto tribunal. En sentencia de 5 de diciembre de 1944, el Tribunal Supremo, llamado entonces Corte Federal y de Casación, declaró que los contratos administrativos son "los que interesan a los servicios públicos" y en este mismo fallo calificó la Corte como administrativos, la concesión de servicios públicos, el contrato de suministros y el contrato de obra pública. (Memoria de 1945; pp. 284 y 285).[5] En sentencia de 15 de marzo de 1962, la Corte Suprema de Justicia ha denominado contrato de interés público —expresión equivalente a la de contrato administrativo— al que celebra el Gobierno Nacional con un instituto bancario, para que éste actúe como Banco Auxiliar de la Tesorería, esto es, para que cumpla los servicios de recibir ingresos y hacer pagos por cuenta del Tesoro Nacional (*Gaceta Oficial* del 22 de marzo de 1962. Número Extraordinario).

En nuestro concepto, *basta que en el contrato se comprometa el contratista a realizar durante cierto tiempo una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general para que aquél reciba la calificación de administrativo.* No es menester que las obligaciones del contratista se refieran a la organización o al funcionamiento

5. En sentencia de 12 de noviembre de 1954, la Corte Federal fijó los siguientes principios: "Cuando la Administración Pública, pues, obrando como tal, celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene por objeto una prestación de utilidad pública, nos encontramos, sin duda, frente a un contrato administrativo. Así, la especialidad de dichos contratos radica en el objeto y en el interés general que envuelven, y tal interés general puede ser el de la nación o Estado, de las provincias o de las municipalidades". (Demanda de Alberto Machado Machado, en que solicita la nulidad de la resolución número 1 de 21 de abril de 1951 del MAC).

de un servicio público. Por eso, el contrato de obra pública es calificado de administrativo, aunque ciertas obras públicas, como la construcción de un camino o la pavimentación de una calle, no están destinadas al funcionamiento de un servicio público. En la construcción de obras portuarias, acueductos, plantas eléctricas o mataderos, no es el contratista quien organiza y hace funcionar los servicios respectivos, puesto que el contrato concluye con la entrega de la obra. No obstante ello, los contratos celebrados por la administración, relativos a la construcción de obras de una u otra naturaleza de las ya expresadas, son contratos administrativos, por cuanto en todos ellos el contratista se obliga a desarrollar durante cierto tiempo una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general.

De acuerdo con el criterio sustentado, son contratos administrativos, además de los ya señalados: la concesión de obra pública (que es distinto del contrato de obra pública), la concesión ferrocarrilera, el contrato de transporte, la concesión minera, la concesión de hidrocarburos. Respecto a estas últimas, les reconocemos tal carácter, en vista de que las leyes respectivas declaran de utilidad pública todo lo concerniente a las minas y los hidrocarburos.

Son, en cambio, contratos de derecho común: la venta y el arrendamiento de bienes muebles e inmuebles de la nación, hechos a particulares; la compra de inmuebles, efectuada por la nación, y también la de muebles, mediante una sola entrega; el contrato de arrendamiento, celebrado entre particulares y las personas públicas estatales; los préstamos concedidos por los institutos autónomos a particulares o empresas privadas. En los casos en que el Estado adquiere bienes, o los toma en arrendamiento con destino a un servicio público, esto no le dará carácter administrativo al contrato, porque ni el vendedor ni el arrendador se obligan a realizar actividad alguna que pueda ser sujeta a un régimen jurídico especial.

Los contratos de derecho común celebrados por la administración, como anteriormente se dijo, están sometidos en ciertos aspectos a preceptos de derecho público. Así, por ejemplo, en Venezuela, la enajenación de bienes inmuebles del dominio privado

de la nación, no puede hacerla el Ejecutivo sin la previa autorización de la Cámara del Senado, salvo las excepciones que establezca la ley (art. 150, ordinal 2º de la Constitución); la enajenación de bienes muebles de la nación no puede ser efectuada por el Ejecutivo, sin la previa opinión favorable de la Contraloría (art. 25 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional). Son todas ellas, reglas de derecho público de forzosa aplicación a contratos de derecho común.

CAPITULO XVIII

LA FORMACION DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

130. *Noción general*

Los contratos de la administración, al igual que los contratos celebrados entre particulares, son el resultado de un acuerdo de voluntades. No habrá contrato mientras no se haya logrado el consentimiento de ambas partes sobre la materia considerada.

Ahora bien, en un contrato de la administración, la aptitud para contratar del particular o empresa privada, y la formación de la voluntad de los mismos se rigen por las reglas del derecho privado. En cambio, todo lo concerniente a la competencia de la autoridad contratante y a la formación de la voluntad administrativa está sometido a preceptos de derecho público. El proceso de formación de la voluntad administrativa comprende ordinariamente varias etapas, por lo cual dicha voluntad se expresa frecuentemente bajo la forma de una operación compleja.

Precisemos lo expuesto anteriormente: en todos los contratos de la administración, ya sean contratos administrativos o de derecho común, se aplican normas de derecho público en todo lo referente a la competencia de la autoridad contratante y a la formación de la voluntad administrativa.

Conviene examinar primero los preceptos relativos a la competencia. Pasaremos después a analizar las formalidades previas requeridas unas veces para la formación de los contratos de la administración, y las aprobaciones posteriores a la celebración de los mismos, en ocasiones exigidas por el ordenamiento jurídico.

131. *Competencia*

Para que una autoridad administrativa pueda celebrar un contrato en nombre de una entidad pública, es necesario que exista

una regla atributiva de competencia para ello. La atribución de competencia puede constar en la Constitución, la ley o el reglamento.

En la esfera nacional, tienen competencia para contratar a nombre de la nación, los ministros del Despacho, como órganos directos del Presidente de la República. Cada ministro tiene competencia para representar a la nación en los contratos relativos a aquellas materias que les atribuye la ley. El Procurador General de la República, a quien corresponde, conforme a la Constitución, representar y defender judicial y extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la República, tiene también facultad para suscribir, en nombre y representación de la nación, y de acuerdo con las instrucciones que reciba del Ejecutivo Nacional, los documentos contentivos de los contratos que a aquélla conciernan (art. 202 de la Constitución, ordinal 1º; y art. 9, ordinal 9º de la Ley de la Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público).

En los Estados de la Unión, las Constituciones regionales y Leyes Orgánicas de Régimen Político confieren al Gobernador la facultad de contratar la construcción de obras públicas del Estado, y en algunos, con mayor amplitud, la de celebrar los contratos de interés estadal permitidos por la Constitución y las leyes. Las expresadas Constituciones y leyes regionales disponen que el Secretario General de Gobierno será el órgano legal inmediato del Gobernador, y con tal carácter deberá refrendar los actos del mismo; y en algunas Constituciones, como en las de los Estados Falcón y Monagas, en vez de un Secretario General, habrá varios Secretarios, y dentro de su ramo y atribuciones, cada Secretario del Ejecutivo es el órgano legal y preciso del Gobernador y refrendará sus actos. De acuerdo con las expresadas disposiciones, a nuestro parecer, los contratos de interés estadal deben ser suscritos por el Secretario General, o el Secretario del ramo, según sea el caso, como órgano directo del Gobernador. No ha sido esta la costumbre seguida por los gobiernos regionales, sino que los contratos de interés estadal son suscritos a un tiempo por el Gobernador y el respectivo Secretario en nombre y representación del Estado, lo que si bien puede calificarse de excesivo, no daña en absoluto la eficacia del contrato.

En el Distrito Federal, según la respectiva Ley Orgánica, corresponde al Gobernador celebrar los contratos de interés municipal.

En las entidades municipales de los Estados de la Unión la facultad de resolver acerca de los contratos de interés municipal corresponde a los Concejos Municipales, y los contratos serán suscritos, por el respectivo Presidente del Concejo.

En los institutos autónomos, la competencia para ejercer la representación de los mismos en los contratos corresponde, según las leyes respectivas, al Presidente, Director-Gerente o Rector del Instituto, así: en el Banco Agrícola y Pecuario y en el Banco Obrero, al Director-Gerente; en el Instituto Agrario Nacional, al Presidente; en la Corporación Venezolana de Fomento, al Gerente; en las Universidades Nacionales, al Rector.

132. *Formalidades previas*

Las formalidades previas a la celebración de un contrato de la administración pueden consistir, ya en una autorización presupuestaria, o en una autorización para contratar o, en fin, en un voto consultivo.

133. *Autorización presupuestaria*

En los contratos que originan deuda de suma de dinero a cargo del patrimonio de la nación, de los Estados de la Unión o de los municipios, se requiere la existencia de una partida presupuestaria, o de un crédito adicional, para cubrir el gasto. En lo nacional, conforme al artículo 227 de la Constitución Nacional, no se hará del Tesoro gasto alguno que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto; y sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para gastos necesarios no previstos o cuyas partidas resulten insuficientes, y siempre que el tesoro cuente con recursos para atender a la respectiva erogación, y a este efecto se requerirá la autorización de las Cámaras en sesión conjunta o, en su defecto, de la Comisión Delegada. Análogas normas rigen en los Estados y en los municipios. Debemos observar que el contrato celebrado

por una autoridad administrativa, sin base en una partida presupuestaria o en un crédito adicional, o excediendo el monto de una u otra, es jurídicamente válido. "La irregularidad no tiene ninguna influencia sobre la existencia ni sobre la validez jurídica del Contrato". (Jèze. *Principios*. Tomo IV, p. 18). Dicha falta acarreará la responsabilidad de la autoridad administrativa contratante, y traerá inconvenientes en el momento en que el contratista requiera el pago de las sumas que la administración le adeude.

134. *Autorización para contratar*

Para la conclusión de algunos contratos es necesario que la autoridad competente para su celebración haya sido previamente autorizada para ello por otro órgano estatal. La autorización para contratar debe ser distinguida de las *decisiones de contratar,* emanadas de las asambleas o cuerpos administrativos y que tienen por objeto obligar a la autoridad contratante y no solamente autorizarla.

A diferencia de la decisión de contratar, la autorización no obliga a la autoridad competente para celebrar el contrato, a llevar a cabo la operación. La autorización confiere una facultad a la autoridad administrativa, que ésta es libre de ejercer o no ejercer.

La autorización para contratar, cuando es exigida en la ley, es necesaria para la validez del contrato, al contrario de lo que ocurre con la autorización presupuestaria. Según antes se observó, el contrato celebrado sin la existencia de una partida presupuestaria o de un crédito adicional, compromete a la administración; mientras que el contrato celebrado sin la autorización requerida por la ley, adolece de nulidad absoluta, por falta de una formalidad esencial.

Entre nosotros, es formalidad previa para la enajenación de bienes inmuebles del dominio privado de la nación, la autorización del Senado; igualmente es formalidad previa para la contratación de un empréstito, la autorización dada por el Congreso en forma de ley.

Los ministros del Despacho deberán, antes de proceder a la celebración de contratos, someter los proyectos respectivos a la

aprobación de la Sala de Control de la Contraloría, sin la cual aquéllos no tendrán ningún efecto (ordinal 11, artículo 172 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional).

135. *La decisión de contratar*

En lo que respecta a las *decisiones de contratar* conviene dar algunas explicaciones. En algunas personas públicas estatales, coexisten un órgano deliberante y un órgano de ejecución, estando este último calificado para el otorgamiento de los contratos, pero que al proceder a ello no hace otra cosa que cumplir su obligación de ejecutar la decisión del órgano deliberante. Así, por ejemplo, los Concejos Municipales en los Distritos de los Estados resuelven acerca de los contratos de interés municipal, y el Presidente del Concejo está en la obligación de suscribir el contrato respectivo, en ejecución de lo resuelto por aquellos cuerpos; asimismo el Rector de una Universidad Nacional está en el deber de otorgar los contratos que haya decidido celebrar el Consejo Universitario; y en general, en los institutos autónomos, los órganos de ejecución deben concluir los contratos cuya celebración haya sido acordada por las juntas administradoras o directorios.

Igualmente, decidida por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, la celebración de un contrato de interés nacional, conforme al ordinal 15º, artículo 190 de la Constitución Nacional, el Ministro del ramo a quien corresponde dar cumplimiento a dicha decisión, está en la obligación de proceder al otorgamiento del contrato, o de comunicar instrucciones al Procurador General de la República, para que éste actúe en nombre y representación de la nación.

En cambio, el Ejecutivo Nacional puede prescindir de contratar un empréstito, después de obtenida la autorización del Congreso, o de llevar a cabo la enajenación de un inmueble de propiedad nacional, después de impartida por el Senado la autorización requerida.

136. *Los votos consultivos*

En algunos contratos de la administración, la autoridad calificada para la celebración está en la obligación de solicitar previamente la opinión de otro órgano del Estado. En ciertos casos, oída la opinión, la autoridad es libre de separarse de ella: aun siendo desfavorable al contrato, puede celebrarlo. En otros casos, la opinión desfavorable del órgano consultado impide la celebración del contrato proyectado.

La venta de bienes muebles de la nación, y asimismo, la adquisición de bienes muebles o inmuebles que sean necesarios para el uso público o para el servicio oficial de la nación, no pueden llevarse a cabo sin haber obtenido previamente el Ejecutivo la *opinión favorable* de la Contraloría.

Para los arreglos del Ejecutivo con los deudores del Fisco, contentivos de remisiones, rebajas o transacciones sobre deudas atrasadas, dispone la ley que no podrán llevarse a efecto, sino cuando después de consultados el Contralor General y el Procurador General de la República, "hayan informado por escrito, indicando la circunstancia de lo que se pretende". No se requiere en este caso la opinión favorable de los órganos consultados. Se trata de un voto meramente consultivo. La administración está en el deber de solicitar y oír esos informes, pero no obligada a acoger sus conclusiones.

137. *La aprobación del contrato*

Numerosos contratos no pueden ponerse en ejecucion, sino después de aprobados por un órgano del Estado distinto de la autoridad contratante. La aprobación difiere de la autorización en· que ésta es anterior a la celebración del contrato, en tanto que aquélla es posterior a dicha celebración.

Según el artículo 126 de la Constitución Nacional, por regla general, los contratos de interés nacional deben ser aprobados por el Congreso. Exceptuándose "los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública", y "los que permita la ley".

Esta disposición suscita dos observaciones:

En primer término, si la Constitución impone el requisito de la aprobación legislativa, y no el de la autorización, debe entenderse que se trata de una formalidad ulterior a la celebración del contrato, y no anterior a la misma. Por eso, en vez de usar la expresión "Sin la aprobación del Congreso, *no podrá celebrarse* ningún contrato de interés nacional", debió el Constituyente haberse valido de otras palabras para disponer que los expresados contratos no tendrían carácter definitivo, o no podrían ponerse en ejecución, mientras no hubieran sido aprobados por el Congreso.

La otra observación se refiere a la primera de las excepciones establecidas en el texto constitucional. No quedan sometidos a la formalidad de la aprobación legislativa los contratos "que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública". No será fácil determinar cuáles son los contratos no necesarios para el normal desarrollo de la administración pública. Es práctica admitida unánimemente que no están sujetos al requisito de la aprobación legislativa ni los contratos de obra pública, ni los relativos al transporte de correspondencia, ni a la adquisición de bienes muebles o inmuebles destinados al uso público o al servicio oficial de la nación. Hubiera sido preferible en la Constitución una fórmula más precisa: por ejemplo, establecer como regla que no era necesaria la aprobación legislativa, salvo en aquellos casos en que la ley la requiera.

Algunas leyes imponen de modo expreso la formalidad de la aprobación legislativa para ciertos contratos de interés nacional. Por ejemplo, la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional dispone que el contrato que celebre el Gobierno Nacional con un instituto bancario para encomendar a éste los servicios de Banco Auxiliar de la Tesorería deberá someterse a la aprobación del Congreso; y según la Ley Forestal, de Suelos y Aguas, está sujeta a dicha aprobación la concesión de aguas del dominio público.

La Ley Orgánica del Distrito Federal (art. 14, ordinal 11) atribuye al Gobernador la facultad de celebrar contratos de interés municipal; pero agrega que dichos contratos deberá someterlos a

la aprobación del Concejo Municipal, "sin cuyo requisito no se considerarán válidos ni podrán ponerse en ejecución".

El órgano calificado para dar aprobación a un contrato, puede impartirla o negarla, pero no modificar las cláusulas del contrato celebrado. Aun cuando la aprobación legislativa de los contratos de interés nacional se tramita en forma de ley, las Cámaras Legislativas no tienen en este caso el poder de modificación.

138. *Significación jurídica de la aprobación de un contrato*

Acerca de la significación jurídica del acto aprobatorio de un contrato de la administración, se han emitido dos opiniones, a saber:

1ª) Para algunos autores, cuando la ley requiere la aprobación, sin ésta, el contrato carece de existencia. Era la opinión sustentada por Jèze: "En ausencia de aprobación... el contrato no existe". Según esto, la aprobación sería un elemento de formación del contrato.

2ª) Una segunda opinión considera que la aprobación es una condición necesaria para la ejecución del contrato; pero que el contrato es perfecto desde el momento mismo de su celebración. Según esta opinión, la aprobación es sólo un requisito necesario para la ejecutividad: es una aprobación de conveniencia de un acto ya formado, dirigida a decidir si debe o no ser ejecutado. Es la tesis sustentada por un sector de la doctrina italiana y de la francesa, entre otros, el profesor de Laubadère.[1]

De todos modos, adóptese una u otra opinión, mientras la aprobación no es impartida, el contrato no tiene carácter definitivo: no hay obligación de las partes de ejecutar lo convenido. El órgano competente para aprobar el contrato tiene perfecta libertad para dar o negar su aprobación. Negada la aprobación, no podrá el particular o empresa privada que haya contratado con la administra-

1. André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, Nos. 169 y 170.

ción, formular reclamación en razón de una pretendida ruptura de los compromisos contraídos por la administración. Dada la aprobación, el contrato adquiere carácter definitivo.

139. *La elección de los contratistas*

En todos los países civilizados se han empleado diversos sistemas para escoger a los particulares o empresas privadas que han de contratar con la administración. Esos sistemas pueden reducirse a dos: la licitación y el trato libre. En el sistema de licitación la autoridad administrativa competente para la celebración de un contrato no elige libremente a la empresa o al particular con quien va a contratar, sino que, previa invitación a aquellos individuos o compañías que estén dispuestos a la celebración del contrato proyectado, examinadas las características de cada uno de los aspirantes y sus propuestas, se elige al que ofrezca condiciones más ventajosas para el interés general y, en consecuencia se celebra con el elegido el contrato proyectado. Por el contrario, en el sistema de trato libre, la autoridad administrativa calificada para la celebración del contrato, en uso de amplios poderes de apreciación en cuanto a la elección del contratista, escoge a quien supone mejor para la ejecución del contrato proyectado, y contrata con él.

La licitación puede ser pública o privada. A la primera pueden concurrir todos los aspirantes; a la segunda, sólo el grupo de individuos o empresas llamados por la administración.

El sistema de licitación es plausible, tanto desde el punto de vista de interés financiero del Estado, como de la ética administrativa. Pudiendo la administración escoger entre varias propuestas, es lógico que de la concurrencia resulte un beneficio para la administración, y es probable que resulte elegida la más ventajosa de las propuestas; y dada la publicidad, absoluta o limitada, de la licitación, es menos proclive a la práctica delictuosa de la corrupción de funcionarios. Sin embargo, debe advertirse que en la licitación en que se atribuye automáticamente la buena pro a la más baja oferta, hay el inconveniente de que se dejen de apreciar la capacidad técnica, experiencia, calidad de los equipos de trabajo, solvencia eco-

nómica y moral, y otras circunstancias relativas a los concurrentes, que son de carácter primordial para determinar con exactitud cuál sea la más ventajosa de las proposiciones.

En principio, las autoridades competentes para la celebración de los contratos de la administración, tienen perfecta libertad para la escogencia del contratista. Sólo en presencia de disposiciones legales expresas, la administración está obligada a adoptar el sistema de licitaciones.

140. *Derecho positivo venezolano en materia de licitaciones*

El artículo Nº 427 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional dispone que "*en cuanto sea posible,* los contratos para la construcción de obras y los de suministros y servicios que se propongan celebrar los Despachos del Ejecutivo, serán objeto de licitación". Como a la administración corresponde apreciar la *posibilidad,* prácticamente la disposición de la ley se convierte en este caso en mero consejo. Por ello, puede decirse que el referido precepto no afecta la libertad de la administración en lo concerniente a la elección de los contratistas.

La citada ley pauta el procedimiento que ha de seguirse en las licitaciones, para el caso de que no se fijare uno distinto en leyes o reglamentos especiales. En dicho procedimiento se ordena la publicación de un aviso en la prensa; el envío de las propuestas de los concurrentes en pliegos cerrados; la obligación de cada proponente de sostener su proposición hasta el acto de la adjudicación de la buena pro; la apertura de los pliegos el día y hora fijados en el aviso de licitación, en presencia de los licitadores que concurran, y la lectura pública de las diversas propuestas. En fin, se dispone que se dará la buena pro a la *propuesta que ofrezca mayores ventajas,* y que si se juzga que ninguna de las propuestas llena las condiciones exigidas, se declare desierta la licitación.

En lo concerniente a los contratos para la construcción de obras públicas, está en vigor una resolución del Ministerio de Obras Públicas de fecha 8 de marzo de 1947. Es de advertir que los preceptos particulares sobre ciertas licitaciones, distintos a los previstos

en la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, deben establecerse, según la expresada ley, en "leyes o reglamentos especiales" y no en resoluciones ministeriales, por lo cual estimamos que no pueden prevalecer las disposiciones de dicha resolución sobre lo estatuido en la citada ley. La expresada resolución proclama la obligatoriedad de la licitación pública para los contratos de obras públicas; pero agrega que "cuando por razones especiales el Ministerio lo juzgue conveniente, podrá contratarlas sin licitación", lo que deja a la potestad del Ejecutivo adoptar o no el procedimiento de licitación. La aludida resolución ordena que "la buena pro se le adjudicará necesariamente al proponente que habiendo satisfecho todas las formalidades y requisitos exigidos, resulte haber propuesto menor precio". Esta regla difiere de la contenida en la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, que confiere mayor amplitud de apreciación a la administración, al disponer que se adjudique la buena pro a la propuesta que ofrezca mayores ventajas.

CAPITULO XIX

LOS DERECHOS DE LA ADMINISTRACION Y LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. LOS DERECHOS DEL CONTRATISTA. TEORIAS DEL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR, DEL HECHO DEL PRINCIPE Y DE LA IMPREVISION

141. *Noción general*

El interés principal de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho común consiste en que en la ejecución de los primeros se aplican ciertas reglas especiales de derecho público, elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina, diferentes de las reglas del derecho privado.

La aplicación de reglas especiales a la ejecución de los contratos administrativos se debe a que los contratos de este tipo tienen por objeto facilitar el funcionamiento de un servicio público o, mejor, la realización de actividades encaminadas a dar satisfacción a un interés general. Nuestra extinguida Corte Federal y de Casación declaró: "Se considera como regla esencial en la ejecución de los contratos administrativos que el interés general del funcionamiento regular del servicio público en relación con el contrato no debe ser comprometido por el interés privado del otro contratante... Una de las razones de esta regla es que el contratista ha aceptado ser en cierto modo un colaborador del servicio, un coagente, que al menos ha aceptado una subordinación de su actividad al interés general y colectivo en la buena y rápida ejecución de las obras destinadas al servicio, caso muy distinto de los contratantes particulares" (Sentencia de 5-12-44). La administración, que encarna y representa el interés general de la colectividad, posee en todo lo relativo a la ejecución de los contratos administrativos, prerrogativas exorbitantes que la autorizan para ejercer un severo control sobre dicha ejecución, incluida entre esas prerrogativas la fa-

cultad, dentro de ciertos límites, de modificar los contratos administrativos en el curso de su ejecución, y aun de ponerles fin, por decisión unilateral. En compensación, la teoría de los contratos administrativos contempla reglas especiales destinadas a garantizar al contratista la integridad de sus derechos patrimoniales.

En los contratos administrativos, como en los contratos de derecho privado, la voluntad expresada por los contratantes en el acto de la celebración del contrato es el factor de mayor importancia que debe ser atendido por el intérprete para precisar las obligaciones que cada una de las partes debe cumplir.

En los contratos administrativos el Estado no contrata como simple particular, sino que lo hace para la colectividad, para el interés general. El contratista viene a ser un colaborador del servicio público, un colaborador de la administración, siendo variable el grado de colaboración, según las diversas especies contractuales. En la concesión de servicio público, por ejemplo, el concesionario es un colaborador directo de la administración.

142. *Obligaciones del contratista*

El contratista está en el deber de dar exacto cumplimiento a las obligaciones contraídas, y de acatar, en el curso de la ejecución, las órdenes impartidas por la autoridad contratante. Queda liberado de sus obligaciones por efecto de los casos fortuitos o de fuerza mayor. Todos los contratos administrativos son celebrados *intuitu personae,* esto es, en consideración de la persona del contratista, de donde deriva, como consecuencia lógica, el principio de que el contratista debe personalmente dar cumplimiento a las obligaciones contraídas y, por lo tanto, que le está prohibido ceder el contrato sin el consentimiento de la autoridad contratante y, asimismo, subcontratar sin el referido consentimiento. La prohibición de ceder y de subcontratar es ordinariamente cláusula expresa de los contratos administrativos; pero aunque no se inserte en el contrato, está implícita en él.

143. *Derechos de control y de dirección de la administración*

La administración ejerce un derecho de control para verificar en el curso de la ejecución, que el contratista cumple las obligaciones que el contrato le impone. Primeramente la administración supervigila las actividades del contratista para asegurar el cumplimiento exacto de las cláusulas contractuales. Pero, además de eso, fuera de toda previsión escrita, la administración tiene la potestad de dar órdenes al contratista para que el contrato se ejecute en la forma que sea más conveniente al interés de la comunidad. Es lo que se ha llamado el *poder de dirección.*

144. *Derecho de sancionar*

Según las reglas del derecho común, en el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede, a su elección, reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos, si hubiera lugar a ello (art. 1.167 del Código Civil). En el contrato puede estipularse el pago de una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios (art. 1.276 *ejusdem*), estipulación denominada "cláusula pena". Por otra parte, en los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación, si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas distintas para la ejecución de las dos obligaciones (art. 1.168 del Código Civil). La defensa que puede ser opuesta según la disposición últimamente citada se denomina *exceptio non adimpleti contractus.*

En los contratos administrativos tales sanciones resultan insuficientes, porque en este género de contratos lo importante es que se ejecuten las obligaciones contraídas por el contratista, para que no se interrumpa la marcha de los servicios públicos y la actividad de la administración.

Por eso, en los contratos administrativos existen otras sanciones, tales como *la sustitución del contratista* por un tercero o por la administración, pudiendo ésta, en tales casos, hacer uso de los equipos e instalaciones del contratista, y *la declaración de caducidad*

del contrato. Estas sanciones pueden ser impuestas por la administración. La autoridad administrativa pronuncia en estos casos la sanción, y por sí misma la ejecuta, lo que constituye una de las prerrogativas exorbitantes de la administración en la ejecución de los contratos administrativos.

Tales sanciones frecuentemente están previstas en los contratos administrativos; pero en caso de no expresarse en ellos se consideran implícitas. Así lo ha declarado la Corte Federal y de Casación en el fallo antes citado de 5 de diciembre de 1944: "Es principio fundamental que el silencio del contrato sobre las sanciones de la obligación del contratista, de ejecutar dentro de los plazos estipulados, no implica que no existan sanciones, pues al contrario, toda obligación contractual lleva implícita su sanción para el caso de incumplimiento; para el caso de que no fuera así se necesitaría decirlo en una cláusula expresa".[1]

1. La citada sentencia de la Corte agrega lo siguiente: "Entre las sanciones normales está el derecho de la administración pública, de tomar de oficio a riesgo del contratista, las medidas indispensables al buen funcionamiento del servicio público, así como también la resiliación bajo la responsabilidad por falta *(aux torts)* del concesionario, del empresario de obras o del proveedor. También se impone contra éstos, como consecuencia necesaria de la inejecución de sus obligaciones, una indemnización de perjuicios a la administración pública, aunque no se haya establecido sanción alguna para los hechos de incumplimiento en las cláusulas del contrato. Los daños y perjuicios, como sanción menos grave que la de la resolución del contrato, se tienen como más convenientes en los casos en que el retardo en la ejecución no ha tenido consecuencias muy graves. Cuando en el contrato administrativo se han previsto expresamente ciertas sanciones, la administración pública no tiene el derecho de elegir entre esas sanciones previstas en el contrato, y las que serían procedentes según los principios generales del derecho. Si se ha establecido una pena para el caso de retardo, es ésta la que ha de aplicarse pura y simplemente. El empresario o el contratista de provisiones y suministros pueden invocar en su provecho la estimación en una suma global de los daños y perjuicios, aunque haya sido establecida a favor de la administración. Este principio de que son las sanciones previstas expresamente en el contrato las únicas que deben aplicarse con prescindencia de otras que fuesen procedentes según el derecho común, reposa naturalmente en el otro principio de que el contrato es la ley de las partes, pero por esta misma razón, si en el contrato, al prever determinadas sanciones, se hace reserva de cualesquiera otras aplicables según las reglas generales de la responsabilidad contractual, entonces pueden demandarse éstas junto con aquéllas". (Sentencia de la C. F. y de C. de 5-12-44. Ponente: Dr. Pedro Arismendi L).

145. *El derecho de modificación unilateral*

En el curso de la ejecución de los contratos administrativos la autoridad contratante tiene la facultad de modificar la extensión de las prestaciones que debe efectuar el contratista. Puede exigir el aumento o la disminución de estas prestaciones.

La facultad de modificación unilateral tiene su fundamento jurídico en las exigencias del interés general de la comunidad, que son variables, por lo cual, en el curso de la ejecución de un contrato puede surgir la necesidad de introducir variaciones en las obligaciones contraídas por el contratista en el acto de la celebración del contrato.

Aunque no se haya previsto en el contrato, la administración tiene siempre la facultad de modificación unilateral. El profesor De Laubadère sostiene, además, que "la administración no puede válidamente renunciar en el contrato a prevalerse de ese poder".

La facultad de modificación unilateral tiene numerosas limitaciones. No puede ejercerse con respecto a las ventajas financieras establecidas en el contrato en provecho del contratista. Los derechos patrimoniales del contratista deben respetarse y, por lo tanto, son intangibles. El poder de modificaciones unilaterales se concreta a los servicios o prestaciones impuestos al contratista, que pueden ser aumentados, disminuidos, o cambiados de forma o sistema; y aun concretado a esos aspectos del contrato, no puede consistir en imponer al contratista la prestación de nuevos servicios, la ejecución de obras nuevas, o la entrega de suministros nuevos, ni tampoco en una innovación de excesiva importancia respecto de las estipulaciones contractuales. Si la modificación excediera de esos límites, el contratista no estaría obligado a aceptarla. El contratista podría entonces oponerse a la modificación propuesta, y en caso de insistencia de la administración, pedir judicialmente la resolución del contrato.

La doctrina que confiere a la administración el poder de modificación unilateral de los contratos administrativos procura conciliar el interés general de la comunidad con el interés privado del

contratista. Por eso, ha consagrado el derecho del contratista, a ser indemnizado íntegramente por el aumento de gastos que resulte de las innovaciones introducidas por la administración. Tales innovaciones causan la ruptura del *equilibrio financiero* del contrato, y por ello, es necesario que la administración efectúe la compensación pecuniaria que sea menester para el restablecimiento de ese equilibrio.[2]

146. *El derecho de poner fin al contrato*

Las exigencias del interés general justifican, además, según las modernas teorías de derecho público, el derecho de la administración, aun en el silencio del contrato, de poner fin, por decisión unilateral y aun sin falta alguna del contratista, a los contratos administrativos que hubiere celebrado, en cualquier momento de su ejecución.

Ejercido por la administración el poder discrecional de poner fin al contrato, el contratista tiene el derecho de reclamar de aquélla, la indemnización pecuniaria destinada a cubrir el daño emergente y el lucro cesante, esto es, las pérdidas que haya sufrido y la utilidad de que se haya privado, por efecto de la decisión unilateral de la autoridad administrativa.

147. *Los derechos del contratista*

El particular o empresa privada que contrata con la administración es siempre impulsado por móviles económicos. En todo contrato administrativo existen, pues, cláusulas contentivas de ventajas financieras estipuladas en una u otra forma a favor del contratista. Este conjunto de ventajas financieras forma la "remuneración", que puede consistir, ya en el "precio" pagado directamente por la administración, con cargo al tesoro público, como en el contrato de obra pública o en el contrato de suministros, ya en el derecho, conferido al contratista, para percibir tasas de los usuarios de la obra o del servicio, como en la concesión de obra

2. En este sentido, André de Laubadère, *ob. cit.*, t. II, núms. 809, 810 y 811.

pública o en la concesion de servicio público, ya en el pago de intereses, como en los contratos de empréstito o, en fin, en el pago de sumas destinadas a cubrir los rendimientos mínimos, cuando éstos son garantizados, como en las concesiones ferrocarrileras otorgadas en Venezuela en la segunda mitad del siglo XIX.

Según antes dijimos, las ventajas financieras estipuladas en el contrato en provecho del contratista no pueden ser modificadas unilateralmente por la administración.

Por otra parte, el contratista tiene el derecho de reclamar de la administración, indemnizaciones pecuniarias en vista de ciertos hechos que ocasionen la ruptura del equilibrio financiero del contrato.

La doctrina moderna enseña que "en todo contrato administrativo existe, expreso o implícito, un derecho del contratista a un cierto equilibrio financiero del contrato" (De Laubadère).

Según la noción del equilibrio financiero o ecuación financiera, el contrato administrativo forma un todo "en el cual los intereses de las partes se condicionan" (De Laubadère). Por lo tanto, cuando en ciertas condiciones el equilibrio financiero inicialmente considerado se ha roto en daño del contratista, éste tiene derecho a que dicho equilibrio sea restablecido por la administración, mediante el pago en dinero de la correspondiente indemnización.

Ya hemos dicho que el particular o empresa privada que, al contratar con la administración, se convierten en colaboradores del servicio público o, mejor, de la administración, están siempre movidos por el incentivo de la remuneración. Por ello, la remuneración es un elemento esencial de todo contrato administrativo. Jèze opina que "la falta de este elemento esencial tendrá por resultado jurídico, generalmente, la inexistencia del contrato". (Jèze. *Principios Generales de Derecho Administrativo.* Tomo V, p. 91).

Las indemnizaciones a que puede tener derecho el contratista pueden derivar de causas variadas, tales como el incumplimiento de la administración a ciertas obligaciones contractuales, generador de daños al contratista; las prestaciones hechas espontáneamente por el contratista, siempre que hayan sido de absoluta necesidad,

o al menos, útiles a la administración; las modificaciones unilatera'es ya examinadas, o el hecho de poner fin al contrato la administración, por decisión unilateral, sin falta del contratista y, en fin, los hechos contemplados en la teoría del príncipe y en la teoría de los riesgos imprevisibles, que seguidamente expondremos.

148. *Incidentes surgidos en la ejecución de los contratos administrativos*

Una vez celebrado un contrato administrativo, pueden sobrevenir hechos extraños a la voluntad de las partes, o ciertas decisiones de la administración que alteren las condiciones existentes en el acto de la celebración. Si sobreviene alguno de esos hechos, puede traer como consecuencia, o bien la imposibilidad absoluta de dar el contratista cumplimiento a las obligaciones contraídas, o bien una dificultad en la ejecución de las mismas. El examen de tales incidentes y de sus efectos jurídicos ha dado origen a la teoría del caso fortuito y de la fuerza mayor, la teoría del hecho del príncipe, y la teoría de los riesgos imprevisibles.

149. *Teoría del caso fortuito y de la fuerza mayor*

El rasgo común del caso fortuito y de la fuerza mayor se halla en que ambos son acontecimientos independientes de la voluntad de los contratantes que impiden la ejecución del contrato. El caso fortuito es ajeno a toda voluntad humana; procede de los fenómenos de la naturaleza, tales como el rayo, las tempestades, la inundación, los ciclones y los terremotos. La fuerza mayor, en cambio, es un acontecimiento producido por acciones de los hombres, como las guerras, las huelgas, los asaltos, los actos de sabotaje, pero totalmente extraño a la voluntad de los contratantes. Los efectos del caso fortuito y de la fuerza mayor son los mismos: liberan al contratista de las obligaciones contraídas.

Para que se produzca la liberación del contratista es indispensable que concuran las circunstancias de *exterioridad, imprevisibilidad* e *irresistibilidad.* La *exterioridad* consiste en que el hecho onstitutivo del caso fortuito o de la fuerza mayor debe haber

sido absolutamente exterior a los contratantes, completamente extraño a su voluntad. Los fenómenos naturales son el ejemplo típico del acontecimiento exterior. Pero también entran en esta categoría hechos humanos, siempre que no hayan sido suscitados, estimulados o facilitados en forma alguna por el contratista, y que éste no haya tenido medios de impedirles surgir o de hacerles cesar. La *imprevisibilidad* consiste en que el acontecimiento "no podía razonablemente ser considerado por el contratista en el momento en que él ha tratado", según decisión del Consejo de Estado francés de 17 de diciembre de 1926. La irresistibilidad es la cualidad de aquello que no ha podido ser evitado por el contratista, y que, al mismo tiempo, le ha impedido de una manera absoluta, cumplir la obligación contraída.

Cuando concurren tales circunstancias, cesa la obligación del contratista. *Ad imposibilium nulla est obligatio.*

150. *La teoría del hecho del príncipe*

En el lenguaje jurídico se emplea la expresion *"hecho del príncipe"* en un sentido amplio y en un sentido restringido.[3]

En un sentido amplio, la expresión "hecho del príncipe" abarca toda intervención de los poderes públicos que haga más difíciles u onerosas las condiciones en las cuales el contratista ha de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas. Pueden consistir en medidas de alcance general o particular o en operaciones materiales, y provenir del poder legislativo o del ejecutivo, de la propia entidad contratante o de una entidad pública distinta.

La doctrina moderna considera que no todas las intervenciones de los órganos del Estado que hagan más difícil u onerosa la ejecución del contrato dan derecho al contratista a exigir la indemnización correspondiente. Por eso, sólo interesa al objeto de nuestro estudio el hecho del príncipe en sentido estricto. Son únicamente los *hechos emanados de la propia entidad administrativa contratante* los que caen bajo la denominación hecho del príncipe en sentido

3. Véase André de Laubadère, *ob. cit.*, t. III, núms. 914 y siguientes.

estricto. Aquellas intervenciones de la entidad administrativa contratante que en ciertas condiciones hagan más onerosa o difícil la ejecución del contrato dan derecho al contratista a reclamar de la administración contratante, que le resarza íntegramente los perjuicios que han resultado para él.

Se denomina también a aquellas intervenciones "hechos de la administración".

No hay lugar al pago de la indemnización sino en caso de que el hecho invocado haya ocasionádo un perjuicio, y pueda ser imputado a la entidad administrativa que ha celebrado el contrato. Por otra parte, el hecho debe haber sido imprevisible en el momento de la celebración del contrato, porque si la medida pudo razonablemente haber sido prevista en aquel momento debe presumirse que el contratista la haya tomado en consideración al efectuar sus cálculos.

Quedan fuera del campo de la aplicación de la teoría del hecho del príncipe los hechos no emanados de autoridades públicas, las decisiones tomadas a requerimiento del contratista, y las decisiones de la autoridad que sean la consecuencia inevitable de acontecimientos extraños a la voluntad de las partes. En este último caso el contratista podrá invocar los beneficios de la teoría de los riesgos imprevisibles, que seguidamente expondremos.

Según antes se dijo, en la actualidad, conforme al sentido estricto de la expresión "hecho del príncipe", para que haya lugar a la aplicación de esta teoría no basta que el hecho perjudicial emane de una autoridad pública: es preciso, además, que el autor de la intervención sea un órgano de la propia persona pública contratante.

Cuando el hecho perjudicial proviene de una persona pública distinta de la entidad contratante, cabe la posibilidad de que el contratista invoque frente a ésta la teoría de los riesgos imprevisibles, si se hallan reunidas las condiciones propias de dicha teoría.

Por lo demás, no es necesario para que pueda invocarse la teoría del hecho del príncipe, que la intervención emane de la propia autoridad que ha celebrado el contrato a nombre de la

administración. La nación es extraña a los contratos celebrados por los Estados, municipios e institutos autónomos; y por eso, las intervenciones de las autoridades nacionales no podrán servir de base para que aquel que haya contratado con un Estado, municipio o instituto autónomo, reclame contra éstos el pago de una indemnización por los efectos perjudiciales resultantes de aquellas intervenciones. En cambio, las repercusiones que tengan sobre la ejecución de un contrato de interés nacional, las leyes emanadas del Congreso, los reglamentos dictados por el Ejecutivo Nacional y las medidas tomadas por un ministro, sea o no el signatario de aquel contrato, pueden dar lugar a la indemnización integral conforme a la teoría del hecho del príncipe.

¿Qué tipo de intervenciones pueden justificar el derecho a la indemnización integral? Examinemos los casos de medidas de alcance general —leyes y reglamentos— medidas de alcance particular, y operaciones materiales.

Entre nosotros no cabe imaginar leyes o reglamentos que tengan objeto modificar las cláusulas de un contrato administrativo, o paralizar algunas de sus disposiciones o, en fin, poner término anticipadamente a sus previsiones.

Sólo podemos pensar en leyes y reglamentos que afecten las condiciones de ejecución del contrato. En este caso, como el efecto de tales disposiciones es soportado por el contratista en las mismas condiciones que los otros comerciantes e industriales, la respuesta general consiste en que las disposiciones de esa naturaleza no abren un crédito de indemnización. Por excepción, las consecuencias de las nuevas leyes o reglamentos pueden dar origen a la expresada indemnización en los siguientes casos:

a) Si las nuevas normas acarrean un trastorno en la economía del contrato y se hallan reunidas las condiciones propias de la teoría de los riesgos imprevisibles; pero en este caso, no habrá lugar a una reparación integral, sino a *una ayuda* de la administración al contratista. El Consejo de Estado, en Francia, ha afirmado a propósito de creación de impuestos, medidas sociales, económicas y monetarias, que tales disposiciones de carácter general no pueden

ser invocadas por los contratistas de la administración en apoyo de sus demandas de indemnización, y que en esos casos sólo el trastorno de la economía del contrato podría justificar una reclamación pecuniaria contra la administración contratante.

b) La reparación integral se admite, desde luego, en los casos en que ha sido prevista por la ley o por el contrato mismo, y también cuando las leyes o reglamentos nuevos afectan el objeto esencial del contrato, modificando el estado de cosas en consideración del cual las partes habían tratado, como el establecimiento de impuestos sobre la materia prima esencial para la ejecución del contrato.

Las intervenciones de la autoridad administrativa contratante, realizadas bajo la forma de *medidas particulares* que afectan las condiciones de ejecución del contrato, o traen por consecuencia un aumento de gastos u otro perjuicio para el contratista pueden servir de base para que éste reclame la reparación integral conforme a la teoría del hecho del príncipe.

Finalmente, las consecuencias de las *operaciones materiales* efectuadas por la administración contratante caen, igualmente, dentro del campo de aplicación de la teoría del hecho del príncipe.

El efecto jurídico esencial del hecho del príncipe es obligar a la entidad administrativa contratante a reparar íntegramente por medio de una indemnización pecuniaria el perjuicio causado al contratista.

El derecho a la reparación integral se justifica por la idea del equilibrio financiero del contrato, y también por la noción de la responsabilidad contractual de la administración. Roto el equilibrio financiero del contrato por el hecho de la administración, es lógico que ésta se halle obligada a restablecerlo. Por otra parte, el hecho del príncipe, aunque no tenga carácter ilícito, constituye un caso de responsabilidad contractual de la administración; por eso, no origina obligación de reparar sino cuando emana de la propia administración contratante. El profesor De Laubadère opina, en consecuencia, que son exactas las explicaciones basadas en las ideas del equilibrio financiero del contrato y de la responsabilidad contractual de la

administración, y que ambas explicaciones se complementan. Expone en síntesis: "La responsabilidad sin falta explica la indemnización; el principio del equilibrio del contrato justifica la responsabilidad sin falta " (André De Laubadère. *Tratado teórico y práctico de los contratos administrativos*. Tomo III, núm. 943).

151. *Teoría de la imprevisión*

La teoría de la imprevisión, llamada también teoría de los riesgos imprevisibles, tiene aplicación en los casos en que acontecimientos extraños a la voluntad del contratista, e imprevisibles en el día de la celebración del contrato administrativo, causan un trastorno en la economía de éste, sin hacer imposible su ejecución. Según dicha teoría, en tal caso, el contratista debe continuar cumpliendo estrictamente las obligaciones contraídas, con el derecho a que la administración contratante le ayude pecuniariamente a superar la dificultad sobrevenida. La administración estará obligada en tales circunstancias a tomar a su cargo una parte del déficit provocado por los nuevos acontecimientos.[4]

Esta teoría tiene por objeto solucionar una situación que se considera extracontractual, esto es, una situación completamente anormal que origina un trastorno en la economía del contrato. Se ha dicho que siendo extracontractual la situación sobrevenida, no puede estar regida por las cláusulas del contrato y, en consecuencia, que las reglas destinadas a remediarla serán extrañas a las estipulaciones de las partes.

La finalidad esencial de esta teoría es asegurar la continuidad en el funcionamiento de los servicios públicos y la marcha de las actividades de interés general. Por eso, la teoría puede sintetizarse así: que el contratista continúe en su labor; que el Estado le ayude.

La teoría está dominada por la idea de una colaboración de los dos contratantes: la administración y el contratista deben unir sus esfuerzos para superar la crisis. Es el principio de colaboración, en aras de la continuidad de la marcha de los servicios públicos,

4. Véase André de Laubadère, *ob. cit.*, t. III, núms. 949 y ss.

lo que inspira la idea de que el déficit se reparta entre los dos contratantes.

La teoría de la imprevisión es propia del derecho administrativo. No es susceptible de ser aplicada al derecho privado.

Esta teoría tuvo su origen en Francia, en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Fue consagrada en la sentencia del nombrado Consejo, dictada en marzo de 1916, en el asunto, que ha llegado a ser famoso, de la Compañía del Gas de Burdeos. El conflicto provino del alza considerable, debida a la guerra de 1914, del precio del carbón, utilizado como materia prima por los concesionarios de la distribución del gas.

Para que sea aplicable la teoría de la imprevisión es preciso que concurran las siguientes condiciones:

a) El hecho invocado debe ser anormal e imprevisible; es necesario que se trate de un acontecimiento que frustre todos los cálculos que las partes han podido hacer en el momento del contrato. Se estima que las variaciones de los precios provenientes de las fluctuaciones económicas corrientes son áleas ordinarias, que no dan lugar a la aplicación de la expresada teoría; en cambio, pueden llegar a ser áleas extraordinarias cuando provienen de acontecimientos anormales, verdaderamente excepcionales, que por ello mismo, no han podido entrar en las previsiones de las partes a la hora de la celebración del contrato: las guerras, las devaluaciones monetarias y las crisis económicas justifican la aplicación de la teoría de la imprevisión.

b) Por otra parte, el acontecimiento invocado debe ser independiente de la voluntad del contratista. No podría éste invocar en su beneficio, hechos provocados o estimulados por él en alguna forma, o que pudo haber evitado y no impidió.

c) Para que haya lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión es también necesario que el hecho invocado haya causado una perturbación profunda en la economía del contrato, un déficit extraordinario, no bastando para ello la disminución de las ganancias ni aun la desaparición de las mismas.

d) Finalmente, para que se hable de la teoría de la imprevisión es necesario que el acontecimiento sobrevenido perturbe notablemente, pero no impida la ejecución del contrato, porque en este último caso, entra en juego la teoría del caso fortuito y de la fuerza mayor.

El "estado de imprevisión", esto es, la situación contemplada por la teoría de la imprevisión, produce dos consecuencias: obliga al contratista, a ejecutar el contrato, exactamente de acuerdo con las obligaciones contraídas; y por otra parte, obliga a la administración a compartir con el contratista las pérdidas provenientes del hecho imprevisible y anormal. Por lo demás, las consecuencias expresadas tienen un carácter temporal: es sólo mientras dura el estado de imprevisión que la administración está obligada a compartir las pérdidas. Si las dificultades perduran y el desequilibrio económico se convierte en definitivo, habrá lugar a aplicar la teoría de la fuerza mayor, a poner fin al contrato. Por el contrario, si las dificultades cesan, el contratista deberá seguir dando cumplimiento a sus obligaciones, pero cesará la obligación del Estado de prestarle ayuda.

CAPITULO XX

LA CONCESION DE SERVICIO PUBLICO

152. *Noción general*

La concesión de servicio público es uno de los modos utilizados por la administración para la gestión de los servicios públicos. Dicha concesión contiene una delegación que efectúa una entidad administrativa a otra persona para hacer funcionar un servicio público por tiempo determinado, a riesgos de la última, quien queda autorizada para exigir de los usuarios el pago de la tasa correspondiente.

Resaltan en la concesión de servicio público las siguientes nociones:

a) El servicio concedido conserva su carácter *público,* esto es, mantiene su calificación de actividad esencial, por cuyo funcionamiento regular y continuo ha de velar en todo momento la autoridad concedente.

b) El concesionario queda asociado a la gestión del servicio público, cuyo funcionamiento está en principio a cargo de la administración. Al delegar la tarea en el concesionario, la administración se reserva el derecho de ejercer, en interés del público, el control y vigilancia de las actividades del concesionario. Por el hecho de la concesión la administración no puede desentenderse del servicio público; por el contrario, su responsabilidad frente al público la obliga a controlar y vigilar la marcha de los servicios públicos.

c) El concesionario puede ser una persona física o jurídica, excepcionalmente de carácter público. Casi siempre es un particular o empresa privada, que actúa en búsqueda de ganancias, y que conserva su carácter privado. En este caso, los trabajadores que despliegan su esfuerzo bajo la dependencia del concesionario no

son empleados públicos, sino particulares, ligados a aquél por vínculos laborales, sujetos a las normas de la Ley del Trabajo.

153. *Naturaleza jurídica de la concesión de servicio público*

En el siglo pasado, en el período originario del sistema de concesión, se tenía un concepto puramente contractual de la concesión de servicio público. Se estimaba el acto de la concesión en su totalidad como un contrato, comprendidas las cláusulas relativas a la organización y al funcionamiento del servicio concedido. Se opinaba que dicho contrato contenía una estipulación para otro en virtud de la cual los usuarios, a pesar de no haber sido partes en el contrato, adquirían derechos frente al concesionario.

Desde hace varias décadas la doctrina puramente contractualista ha sido abandonada y sustituida por la doctrina del acto mixto, aceptada hoy unánimemente. A la hora actual se reconoce que la concesión de servicio público contiene cláusulas de naturaleza reglamentaria y cláusulas de naturaleza contractual.

Las cláusulas reglamentarias del acto de la concesión tienen por objeto fijar las reglas relativas a la organización y funcionamiento del servicio, especialmente las referentes a las condiciones de explotación, situación de personal y a las prestaciones que han de percibir los usuarios. Estas cláusulas forman un estatuto de la organización y funcionamiento del servicio público, fijado unilateralmente por la administración e impuesto al concesionario. En el caso de que el servicio fuese gestionado directamente por la administración, tales cláusulas formarían parte de un reglamento, esto es, de la ley del servicio, dictada por la administración. Dado el carácter reglamentario de esas disposiciones, pueden ser invocadas por los usuarios, en cuanto les favorezca, sin necesidad de recurrir a la idea de una estipulación para otro, de donde pudieran derivar derechos frente al concesionario.

La verdad es que la administración tiene el derecho indiscutible de regular unilateralmente la organización y funcionamiento de los servicios públicos; ya hemos visto que éstos no pierden, por el acto de la concesión, su carácter de públicos; por eso, aun

cuando el servicio haya sido concedido, la administración conserva su poder unilateral de establecer las normas relativas a su organización y funcionamiento, y de modificarlas en cualquier instante.

Como consecuencia de la parte reglamentaria, hay en el acto de la concesión "un acto-condición, que tiene por objeto atribuir al concesionario la situación de organizador y gerente del servicio, tal como ha sido establecida por las disposiciones reglamentarias del acto de la concesión" (Bonnard, p. 716).

Finalmente, el acto de la concesión contiene las cláusulas contractuales, relativas a la duración de la concesión, a las ventajas económicas convenidas a favor del concesionario, y al respeto del equilibrio financiero de la empresa.

De lo anteriormente dicho se desprende que el concesionario de un servicio público se encuentra a un tiempo en una situación reglamentaria en todo lo referente a los poderes y deberes relativos a la organización y funcionamiento del servicio, y en una situación contractual, en todo lo concerniente a los poderes y deberes resultantes del plazo de la concesión y de las ventajas pecuniarias establecidas a favor del concesionario.

Por lo tanto, la concesión de servicio público es, en parte, un contrato administrativo, y en parte, un acto de naturaleza reglamentaria. Es, en síntesis, un acto de contenido múltiple, creador de situaciones jurídicas generales, creador de situaciones jurídicas individuales y, en fin, acto de atribución de situaciones jurídicas generales a una persona física o jurídica.

154. *Permanencia de la noción del servicio público*

Ya observamos que el servicio concedido no pierde su carácter de servicio público por el hecho de la concesión. La concesión es, ante todo, uno de los modos utilizados por la administración para dar cumplimiento a su obligación de prestación del servicio público. Por eso, aun después de concedido el servicio, mantienen su vigencia los principios fundamentales relativos a la *obligatoriedad,* o sea, el deber de la administración de velar por su buen funcio-

namiento; *la mutabilidad,* o sea, la adaptación del servicio a las necesidades nuevas de la comunidad; a la *continuidad* y *regularidad* del servicio y, en fin, a la *igualdad* de todos los usuarios ante el servicio público.

155. *Formación del acto de la concesión*

La elección del concesionario de servicio público es en casi todas las legislaciones, potestativa de la administración.

En Venezuela, conforme al artículo 427 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, los contratos relativos a servicios que se propongan celebrar los Despachos del Ejecutivo, *"en cuanto sea posible"* serán objeto de licitación; pero como la apreciación de esa posibilidad queda a juicio de la administración, puede afirmarse que la libertad de esta última en lo tocante a la elección del concesionario no resulta disminuida por aquella disposición legal.

La autoridad competente para el otorgamiento de la concesión es siempre el órgano de ejecución de la entidad administrativa concedente.

En el ámbito nacional las concesiones de servicio público son otorgadas, previa resolución adoptada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, por aquel de los Ministros a cuyo Despacho esté atribuido el servicio que sea objeto de la concesión. Así, por ejemplo, el otorgamiento de una concesión ferrocarrilera o telefónica corresponde al Ministro de Comunicaciones. Después de otorgada una concesión es necesario, para que ella produzca sus efectos, la aprobación del Congreso en forma de ley. Las facultades de las Cámaras Legislativas se limitan en este caso, a dar o negar su aprobación, sin que puedan las Cámaras introducir modificaciones en las cláusulas contentivas del acto de la concesión.

En lo que respecta a las concesiones de servicios públicos municipales en el Distrito Federal, su otorgamiento corresponde al Gobernador; pero la concesión no podrá ponerse en ejecución sin la aprobación impartida por el Concejo Municipal.

En los Estados de la Unión las concesiones de servicios públicos municipales son decididas por los Concejos Municipales. Acordado por éstos el otorgamiento de la concesión, dicho acuerdo deberá ser cumplido por el órgano de ejecución, que será el propio Presidente del Concejo o el Prefecto Distrital, según lo que disponga la respectiva Ley Orgánica del Poder Municipal.

156. *Deberes del concesionario*

El concesionario es un colaborador del servicio público. Contrae el deber de realizar una tarea que ha sido previamente declarada de valor esencial para la vida colectiva. Por eso, su situación es distinta a la de aquel que ejerce una actividad económica al amparo de la libertad del trabajo y de las industrias. Según antes se advirtió, hay en las funciones del concesionario rasgos de mucha importancia, aparentemente contradictorios: por una parte, el concesionario, que es en la mayoría de los casos un particular o empresa privada, tiene la finalidad de desplegar una actividad económica de naturaleza comercial o industrial; y por la otra, realiza una actividad propia de una entidad administrativa, destinada a satisfacer necesidades esenciales de la colectividad.

El concesionario está en el deber de organizar y de hacer funcionar de manera regular y continua el servicio concedido, con sujeción a las cláusulas de la concesión, a las disposiciones legales y reglamentarias que le conciernen, y las instrucciones recibidas de la autoridad concedente.

157. *Los poderes de la autoridad*

La administración concedente tiene los poderes de dirección y control del servicio concedido. El poder de dirección se ejerce, ya mediante disposiciones reglamentarias, ora por medio de órdenes.

El poder de control se ejerce de acuerdo con las cláusulas de la respectiva concesión; y en defecto de previsiones especiales, la administración tiene la facultad de investigar la marcha del servicio y de verificar la eficiencia del mismo.

La administración tiene la facultad de introducir, durante el tiempo de ejecución, modificaciones en cuanto a la extensión de las obligaciones contraídas por el concesionario. La doctrina moderna considera que "el concesionario, por el acto de concesión, asume el compromiso de hacer funcionar el servicio público, no solamente tal como se lo ha organizado en el momento del contrato de concesión, en el acto mismo de concesión, o en documentos distintos, sino también *con cualquier modificación posterior*" (Jèze. *Ob. cit.* Tomo IV, p. 237). El mismo autor agrega: "Al modificar la organización del servicio público, la administración no viola el contrato de concesión" (*Ob. cit.*, p. 237).

El Consejo de Estado en Francia, desde hace más de medio siglo, y en forma reiterada ha proclamado esos principios. Son muy interesantes a este respecto las conclusiones de Leon Blum ante el Consejo de Estado, de fecha 11 de marzo de 1910. Se expresa así el famoso hombre público: "Es evidente que las necesidades que un servicio público... debe satisfacer y, por consiguiente, las necesidades de su explotación, no tienen carácter invariable. Estos contratos de concesión se concluyen por períodos de tiempo forzosamente extensos... Por juiciosas que hayan sido las previsiones primitivas del contrato, pueden, o son siempre, superadas por los hechos que se producen en el transcurso de esta larga serie de años... una ejecución eficiente del servicio público concedido, de ahí se desprende que las cargas iniciales del concesionario podrán acrecerse con las necesidades de dicho servicio... El Estado no puede desinteresarse del servicio público una vez concedido. Es concedido, sin duda, pero no por ello deja de ser un servicio público. El Estado sigue siendo garante responsable de la seguridad pública que una ejecución inhábil pueda comprometer. Sigue siendo responsable del orden público que puede perturbar una ejecución incompleta o desacertada. El Estado intervendrá, pues, necesariamente para imponer, llegado el caso, al concesionario, una prestación superior a la que se preveía estrictamente. La convención no establece de manera inmutable, *ne varietur*, las cargas asumidas por el concesionario... El interés de un concesionario no siempre consiste en organizar una explotación

intensiva. Puede obtener mayores beneficios con una explotación perezosa". Es hoy unánimemente admitido por los autores que la administración tiene el poder irrenunciable, de modificar, por decisión unilateral, y en cierta medida, las cláusulas de la concesión relativas a la organización y funcionamiento del servicio, que hemos llamado cláusulas reglamentarias de la concesión. En cambio, se reconoce que las cláusulas propiamente contractuales, relacionadas con las ventajas económicas del concesionario, tienen un carácter inalterable. El poder de la administración, de modificar por decisión unilateral la organización de la concesión, tiene sus límites: no puede extenderse hasta cambiar el servicio concedido por un servicio distinto; la modificación debe estar fundada en una alteración ocurrida en la situación de hecho existente en la época del otorgamiento de la concesión; las modificaciones no pueden versar, como se dijo, sobre las ventajas financieras de la concesión, y en caso de que las acordadas afectaren el equilibrio financiero de la concesión, la administración estaría en el deber de pagar al concesionario la correspondiente indemnización.

La administración tiene, además, el poder de imponer sanciones al concesionario, en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas, como un medio de lograr que el servicio sea prestado en forma satisfactoria. En las cláusulas del acto de la concesión pueden estar previstas las sanciones para el caso de inejecución, o de retardo en la ejecución de parte del concesionario; en este caso no hay duda de que la administración tiene la facultad de imponer las sanciones contempladas contractualmente. Ahora bien, la doctrina sostiene que la enumeración de sanciones y faltas punibles no puede considerarse limitativa de las potestades de la administración concedente; y que si la concesión nada establece acerca de las sanciones aplicables en caso de incumplimiento, la administración tiene la potestad de imponer sanciones adecuadas a la gravedad de las faltas del concesionario. Las sanciones pueden consistir en multas, ejecución directa del servicio, declaración de caducidad, etc....

En el caso de que las faltas del concesionario ocasionen interrupción en la marcha del servicio, la administración concedente,

con el propósito de asegurar la regularidad y la continuidad del servicio, tiene la potestad de ocupar los bienes de la empresa, y de hacer funcionar el servicio, por medio de agentes de su dependencia, en sustitución del concesionario. La doctrina considera que esta potestad es de orden público, esto es, que puede ser ejercida, no sólo si el acto de la concesión no lo ha previsto, sino también en caso de prohibirlo, porque la cláusula de prohibición se consideraría nula como contraria al orden público. Por otra parte, se estima que la sustitución del concesionario está limitada por su motivo y por su finalidad: no puede ser pronunciada sino en caso de que la regularidad o la continuidad del servicio se hallen comprometidas por graves faltas del concesionario, por ejemplo, en caso de una interrupción, total o parcial, en razón del mal estado del material, no debido al caso fortuito o a la fuerza mayor, no puede ser pronunciada sino con la finalidad de restablecer la regularidad o la continuidad del servicio, y siempre que sea indispensable para ello. La medida de sustitución del concesionario tiene siempre un carácter temporal; suspende simplemente la concesión. Pasado el tiempo indispensable, la administración deberá devolver al concesionario el servicio y sus instalaciones. Los gastos efectuados durante el período de la sustitución serán por cuenta del concesionario. Los acreedores del servicio conservarán sus acreencias a cargo del concesionario.

158. *Derechos del concesionario*

El concesionario del servicio público, que en la generalidad de los casos es un particular o empresa privada, tiene por finalidad la de obtener ganancias como resultado de las actividades emprendidas. Invierte capitales y organiza el servicio, basado en las ventajas económicas estipuladas en el acto de la concesión, y el tiempo fijado para la duración de la concesión. La concesión tiene ordinariamente una larga duración, de modo que sea suficiente para la amortización de los capitales invertidos. En consecuencia, "el concesionario —como expresa Waline— *tiene un verdaero derecho a explotar el servicio* durante todo el período convenido". El concesionario no puede ser privado de ese derecho, sino en caso de

falta grave y debidamente comprobada, caso en el cual puede ser declarada la caducidad de la concesión, y en caso de rescate, mediante el pago de la indemnización correspondiente.

En la concesión de servicio público el concesionario del servicio obtiene normalmente su remuneración, no de la administración, sino de los usuarios del servicio, en forma de cantidades de dinero pagadas por éstos por el uso del servicio concedido. El concesionario tiene, pues, un derecho a percibir de los usuarios dicha remuneración. El debe tener asegurado un equilibrio financiero que signifique para él la recuperación de los capitales invertidos y, además, un beneficio normal.

Las cantidades de dinero percibidas por el concesionario, de los usuarios, son *tasas,* esto es, contribuciones de derecho público que son la contrapartida de los servicios rendidos. Del hecho de que tales percepciones sean tasas ha desprendido la jurisprudencia francesa, y con ella notables autores (Jèze, Bonnard, entre otros), que las cláusulas concernientes a tales percepciones son de naturaleza reglamentaria y, en consecuencia, que tanto la fijación primitiva de sus tarifas como su modificación son actos unilaterales de la administración. Otros autores (Mestre, entre ellos) opinan que la tarifa tiene una naturaleza contractual. De todos modos, la jurisprudencia francesa admite que, salvo el caso en que los textos permitan al concedente imponer unilateralmente una rebaja de las tarifas, esta rebaja no puede resultar sino de un acuerdo entre el concedente y el concesionario. Por otra parte, el concesionario no tiene nunca derecho a *exigir* un aumento de las tarifas, cualesquiera que sean las dificultades financieras, aun inesperadas, que pueda confrontar. La administración *no está obligada* a asegurar al concesionario el equilibrio financiero mediante el aumento de tarifas, pues ella *goza de libertad para escoger el medio* que estime adecuado para restablecer el equilibrio financiero del concesionario: la aprobación de un aumento de las tarifas *no es sino uno de los medios* que pueda ser discrecionalmente elegido por la administración para el restablecimiento del equilibrio financiero, roto por dificultades inesperadas.

Entre los derechos que adquiere el concesionario en el acto

de la concesión, debemos incluir los "poderes jurídicos especiales" propios de la administración, transferidos por ésta al concesionario para facilitar la organización y funcionamiento del servicio concedido. Entre esas potestades que la administración transmite al concesionario figuran el derecho de expropiar bienes pertenecientes a particulares, y el de ocupar y utilizar bienes del dominio público de la entidad administrativa concedente.

Frecuentemente en las concesiones de servicio público se inserta una cláusula mediante la cual el concedente exime al concesionario del pago de impuestos. Debemos observar que conforme al artículo 224 de la Constitución Nacional, no podrá concederse exenciones ni exoneraciones de impuestos sino en los casos previstos por la ley, lo que significa que en el acto de la concesión no puede válidamente incluirse la cláusula de exención sino en virtud de una disposición legal de carácter general que prevea dicha exención. No vale alegar que las concesiones de carácter nacional son aprobadas por el Congreso en forma de ley, y que de esta manera se cumple el expresado requisito constitucional, pues no es eso lo que la Constitución ha exigido, sino que la exención haya sido previamente contemplada en una regla de alcance general. La entidad concedente no podrá conceder exenciones de impuestos que correspondan a otra entidad administrativa, por ejemplo, no será válida la exención de impuestos de los Estados y municipios contenida en una concesión otorgada por el Gobierno Nacional.

En los casos de servicios públicos cuya explotación no ofrezca utilidades o produzca pérdidas, pueden estipularse a favor del concesionario, subvenciones, o sea, ayudas pecuniarias que la administración se obliga a efectuar a aquél. Es un aliciente que en ciertos casos ofrecen los gobiernos a las empresas privadas para estimularlas a organizar determinados servicios.

Otra forma de halagar a los empresarios a tomar a su cargo servicios cuya organización exige cuantiosas inversiones es la de garantizarles un rendimiento mínimo. Entre nosotros, el Gobierno de Guzmán Blanco, en decreto de 1º de octubre de 1883, con el objeto de halagar a los capitales que se invirtieran en la construcción de ferrocarriles, dispuso garantizar el siete por ciento de

interés anual. Esta garantía fue origen de grandes dificultades para el país, pues el Gobierno se vio obligado a pagar grandes sumas de dinero por no haber llegado al mínimo garantizado los rendimientos de los ferrocarriles.

Las concesiones de servicio público pueden contener una cláusula de exclusividad, o sea, el privilegio otorgado al concesionario en virtud del cual el concedente se obliga a no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio en la misma extensión territorial. El artículo 97 de la Constitución Nacional prohibe los monopolios; pero permite que, de conformidad con la ley, sean otorgadas concesiones con carácter de exclusividad, y por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público.

159. *Extinción de la concesión*

Las concesiones de servicio público, según la disposición constitucional que acaba de ser citada, sólo pueden otorgarse por tiempo limitado. Por lo tanto, el modo normal de extinguirse una concesión es por el vencimiento del plazo determinado en ella. Sin embargo, existen varias causas que pueden ocasionar la extinción de la concesión con anterioridad al vencimiento del plazo respectivo. Entre esas causas de extinción prematura de la concesión, figuran: la declaración de caducidad, por incumplimiento del concesionario; la resolución, pedida por el concesionario, en vista del incumplimiento del concedente; el caso fortuito y la fuerza mayor; el rescate de la concesión; la revocación por ilegalidad; la resolución por acuerdo entre las partes; en ciertos casos, la muerte del concesionario; y, en fin, la revocación fundada en la declaración de quiebra del concesionario.

La caducidad se funda en el incumplimiento del concesionario. Es necesario que haya culpa del concesionario, pues si hubiere habido imposibilidad de ejecutar por circunstancias de caso fortuito o de fuerza mayor, no es procedente la caducidad. No es necesario que en el acto de la concesión haya cláusula expresa sobre el particular para que la caducidad pueda ser declarada.

Surgen dudas sobre la autoridad competente para hacer la declaración de caducidad. En el caso de que la concesión prevea el incumplimiento del concesionario, y confiera a la autoridad administrativa, o a la jurisdiccional, potestad para hacer la declaración de caducidad, no hay posibilidad de controversia, sino que en tal caso regirá lo previsto por las partes. La dificultad aparece en el silencio de las partes. La doctrina italiana se pronuncia en el sentido de que la administración está facultada para declarar la caducidad. La doctrina francesa, en cambio, sostiene que la administración debe solicitar de los tribunales la declaración de caducidad. A nuestro parecer, la necesidad de asegurar la marcha regular y continua de los servicios públicos, impone reconocer a la autoridad administrativa la potestad de declarar por sí misma la caducidad de la concesión, en caso de incumplimiento grave del concesionario, quedando a éste el derecho de recurrir contra esa declaración por vía jurisdiccional.

El incumplimiento de la administración respecto de las obligaciones contraídas puede ser fundamento para la demanda de resolución que intente el concesionario.

Como vimos al estudiar de modo general los contratos administrativos, las circunstancias de caso fortuito o de fuerza mayor que impiden de una manera absoluta al contratista cumplir las obligaciones contraídas, hacen cesar los efectos del contrato, y exoneran a aquél de todo compromiso.

El rescate de la concesión puede estar previsto en la ley relativa al servicio concedido, o en las cláusulas contractuales. Si existieren tales previsiones, legales o contractuales, habría que atenerse a ellas. Fuera de toda previsión, la doctrina moderna afirma que la administración tiene la potestad, con la finalidad de mejorar el servicio, de poner fin a la concesión por acto unilateral, antes del vencimiento del plazo respectivo, y sin falta alguna del concesionario, pero con la obligación de indemnizar a éste. La indemnización deberá cubrir, en este caso, el daño emergente y el lucro cesante, esto es, las pérdias sufridas por el concesionario y las utilidades de que se le prive.

La concesión puede también extinguirse por haber sido re-

vocada por la administración por ilegalidad, conforme a los principios generales relativos a la revocación de los actos administrativos por ser contrarios a derecho.

También puede ponerse fin a la concesión anticipadamente por acuerdo entre la autoridad administrativa concedente y el concesionario.

Siendo la concesión de servicio público un acto *intuitu personae,* si el concesionario es una persona natural, su fallecimiento pone término a la concesión.

Declarada la quiebra del concesionario, según la ley mercantil, en la propia sentencia se ordenará la ocupación judicial de todos los bienes del fallido, y éste queda inhabilitado para la administración de todos sus bienes, para disponer de ellos y para contraer nuevas obligaciones. La administración de que es privado el fallido pasa de derecho a la masa de los acreedores, representada por los síndicos. Por eso, la sola declaración de quiebra no basta para que la concesión de servicio público explotada por el fallido se considere extinguida. La declaración de quiebra puede servir de fundamento para que la administración declare la revocación de la concesión.

CAPITULO XXI

EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA, LA CONCESION DE OBRA PUBLICA Y EL CONTRATO DE SUMINISTROS

SECCIÓN I

EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA

160. *Noción general*

La expresión "obra pública" sirve a un tiempo para denominar determinados trabajos ejecutados sobre inmuebles por una entidad administrativa o por su cuenta, y también el resultado de esa labor.

En el primer sentido señalado, se entiende por obra pública toda operación material relativa a la construcción, ampliación, arreglo, modificación, reparación o mantenimiento de bienes inmuebles, realizada con una finalidad de utilidad pública por una entidad administrativa o por su cuenta.

En el segundo sentido, son obras públicas los bienes inmuebles construidos o afectados en su estructura por aquellas labores. Esos inmuebles están destinados al uso público y al aprovechamiento general, como las vías públicas, y las plazas, o al servicio de las entidades administrativas, como los palacios legislativos, los edificios de los ministerios y de los tribunales, los edificios construidos para escuelas y hospitales.

Las obras públicas pueden realizarse por el sistema de *administración directa,* esto es, por los propios agentes de la administración, con la colaboración de obreros dependientes de la misma, y con el empleo de materiales adquiridos por la respectiva entidad administrativa. Pueden también ejecutarse las obras públicas *por medio de otra persona* —generalmente, un particular o empresa privada, y excepcionalmente, una persona pública— y, en este caso, se requiere la celebración de un contrato entre el ente administrativo

por cuya cuenta ha de efectuarse la obra y la persona encargada de dicha ejecución. Si la administración encarga a otra persona de la ejecución de la obra pública puede acudir a dos medios diferentes: el *contrato de obra pública o la concesión de obra pública.* En el contrato de obra pública la remuneración es directamente pagada por la administración al contratista. En la concesión de obra pública la administración confiere al concesionario el derecho de explotar por tiempo limitado la obra construida, y de percibir durante ese lapso, de los usuarios de la obra, tasas, que constituyen la remuneración del concesionario. La concesión de obra pública no puede, pues, tener por objeto la construcción de obras destinadas al uso privado de las personas administrativas, sino al uso del público, tales como los puentes, las autopistas y los muelles.

Dadas las explicaciones anteriores, *podemos definir el contrato de obra pública como aquel mediante el cual una parte se obliga a ejecutar una obra pública mediante un precio que una entidad administrativa se obliga a pagarle.*

Según lo expuesto, de las dos partes que intervienen en la celebración del contrato de obra pública, una de ellas, al menos, ha de ser una persona pública estatal: la nación, un Estado de la Unión, un municipio o un instituto autónomo. La otra parte contratante es casi siempre un particular o compañía dedicados a la industria constructora. No es frecuente, pero puede ocurrir, que el encargado de la ejecución de la obra sea también una persona pública: tal sería el caso de que el Banco Obrero se obligara a construir un grupo de viviendas mediante contrato celebrado con un gobierno estadal, obligado este último a pagar el precio.

161. *Naturaleza jurídica del contrato de obra pública*

Para muchos autores, especialmente italianos, el contrato de obra pública es un contrato de derecho privado, sujeto a las disposiciones del Código Civil en materia de contrato de obras, aunque admiten que ciertos aspectos de aquél están regidos por normas de derecho público.

Los autores franceses y numerosos hispanoamericanos sostienen,

en cambio, que el contrato de obra pública es un verdadero contrato administrativo, al cual se aplican preferentemente las reglas particulares de derecho administrativo, sin perjuicio de que en ciertos aspectos esté regido por disposiciones del Código Civil. Opinamos en este sentido. Ya hemos dicho que en sentencia de la Corte Federal y de Casación quedó reconocido el carácter de contrato administrativo, de los contratos relativos a la construcción de obras públicas.

162. *Formación del contrato de obra pública*

En todo lo concerniente a la celebración del contrato de obra pública tienen aplicación los principios generales ya examinados acerca de la formación de los contratos administrativos. Por eso, aquí sólo haremos ligeras consideraciones al respecto.

En lo tocante a la celebración del contrato de obra pública por el Gobierno Nacional la autoridad competente para actuar en nombre de la nación es el Ministro respectivo. Puede igualmente el Ejecutivo Nacional, por medio del Ministro del ramo, comunicar instruciones al Procurador General de la República, para que suscriba en nombre y representación de la nación, los contratos relativos a la ejecución de obras públicas. Conforme al ordinal 15º y al penúltimo aparte del artículo 190 de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente de la República la atribución de celebrar los contratos de interés nacional, la cual debe ser ejercida en Consejo de Ministros. Por lo tanto, la celebración de los contratos de obra pública debe ser acordada por el Primer Magistrado en Consejo de Ministros, y en cumplimiento de dicha resolución, el Ministro del ramo, como órgano directo de aquél, procederá al otorgamiento respectivo. En los Estados de la Unión, la parte administrativa es representada por el Gobernador y el Secretario respectivo, aun cuando, a nuestro parecer, bastaría la intervención del Secretario, como órgano directo del Gobernador. En el Distrito Federal, los contratos son celebrados por el Gobernador, y sometidos después a la aprobación del Concejo Municipal, sin cuyo requisito no se considerarán válidos ni podrán ponerse en ejecución, según dispone el ordinal 11º del artículo 14

de la Ley Orgánica del Distrito Federal. En los municipios de los Estados de la Unión, la decisión en materia de contratos de obra pública corresponde al Concepo Municipal, y el otorgamiento, al órgano de ejecución, que puede ser o el Presidente de la Cámara Municipal o el Prefecto Distrital, según lo que disponga la respectiva Ley Orgánica del Poder Municipal. En los institutos autónomos, la decisión corresponde a la Junta Administradora, Directorio o Consejo de Administración, y el contrato es celebrado por el órgano de ejecución.

En los contratos de obra pública, generadores de deudas de sumas de dinero a cargo de la administración, se requiere, naturalmente, la existencia de una partida presupuestaria, o de un crédito adicional, para cubrir el gasto. Según dijimos al hablar de la formación de los contratos administrativos en general, la falta de la autorización presupuestria no vicia de nulidad el contrato celebrado.

Salvo disposición de ley especial, la celebración de los contratos de obra pública no requiere voto consultivo.

No es necesario que el contrato de obra pública nacional obtenga la aprobación legislativa, por cuanto se le considera un acto necesario para el normal desarrollo de la administración pública; pero antes de su celebración, deberá ser sometido al estudio de la contraloría, la que cuidará de que los precios sean justos y razonables, y que se presten las garantías que sean necesarias.

En lo referente a la elección del contratista, ya hemos dicho que las autoridades competentes para la celebración de los contratos de la administración tienen libertad para la escogencia del contratista, salvo disposición expresa que imponga el sistema de la licitación. En lo tocante a los contratos de obra pública el artículo 427 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional aconseja, pero no impone, la necesidad de la licitación, y la resolución del Ministerio de Obras Públicas de fecha 8 de marzo de 1947, que en principio consagra la obligatoriedad de la licitación pública para los contratos de obra pública, permite que por razones especiales el expresado Despacho pueda contratar las obras sin licitación.

163. *Plazos contractuales*

Los contratos de obra pública contienen siempre una cláusula relativa a la fijación del plazo para la entrega de la obra. Algunas veces se fijan, además, plazos para la iniciación de los trabajos, y plazos para entregas parciales de la obra contratada.

164. *Ejecución de la obra*

El contratista está en el deber de ejecutar la obra de acuerdo con los planos y el pliego de especificaciones que forman parte del contrato, y con acatamiento a las órdenes impartidas por la autoridad contratante por medio del ingeniero inspector y a las normas técnicas respectivas. Salvo que en el contrato se diga lo contrario, el contratista está en la obligación de aportar los materiales de construcción, maquinaria, vehículos e instrumentos que fueren necesarios y todo el factor humano, integrado por el personal técnico y demás empleados y obreros que requiera la ejecución de la obra contratada. Los materiales de construcción empleados deben ser de la calidad expresada en el contrato. Ordinariamente el contratista se obliga a mantener al frente de la obra a un ingeniero residente, lo que es rigurosamente indispensable tratándose de obras de un costo elevado.

El contrato de obra pública es un contrato *intuitu personae.* Por lo tanto, le está vedado al contratista ceder el contrato, sin el consentimiento de la administración.

165. *Poderes de la administración*

Los poderes de dirección, control y vigilancia, comunes a los contratos administrativos, son ejercidos por la administración en los contratos de obra pública por órgano del ingeniero inspector, quien está autorizado para ordenar la demolición de parte de la obra, si han sido empleados materiales de calidad diferente a la convenida, o si los trabajos no se han ajustado a los planos de la obra o los cálculos acompañados. También está autorizado para mandar a demoler parte de la obra a fin de verificar si el con-

tratista ha procedido con arreglo a los planos y al pliego de especificaciones, y en el caso de que todo aparezca correcto, los gastos causados por la demolición y reconstrucción serán por cuenta de la administración.

Por otra parte, la administración tiene la potestad de imponer unilateralmente al contratista, en el curso de la ejecución, modificaciones respecto al proyecto de la obra. Las modificaciones no deben exceder de cierta magnitud. En todo caso, la administración deberá respetar las limitaciones previstas en el contrato acerca del derecho de introducir cambios en las condiciones de la obra fijadas en los planos y en el pliego de especificaciones. Además, queda entendido, de acuerdo con las ideas generales expuestas sobre el equilibrio financiero del contrato, que el contratista tiene el derecho a reclamar una indemnización pecuniaria por el aumento de gastos que el cambio ocasione, y en caso de ser excesivas las modificaciones que le hayan sido ordenadas, y por ello, inaceptables, el contratista tiene la facultad de pedir la rescisión del contrato.

166. *Derechos del contratista*

El derecho fundamental del contratista se contrae al *precio,* o sea, la retribución que corresponde a la ejecución de la obra. La determinación del precio constituye una de las cláusulas esenciales del contrato. La ausencia de precio, según Jèze, equivale a la inexistencia del contrato.

En los contratos de obra pública se emplean diversas modalidades respecto a la fijación del precio. Puede establecerse un *precio global,* o sea, aquel que se obliga a pagar la administración al contratista por la totalidad de la obra: se trata de una suma precisa y determinada, no sujeta a variación en relación con la medición de la obra, por lo que en este caso puede decirse que el precio se ha fijado por la unidad de la obra. Pueden también las partes fijar en el contrato los precios *unitarios,* esto es, precios correspondientes a cada naturaleza de trabajo comprendida en el contrato, por unidades de labor, pero sin determinar la cantidad total por ejecutar, la cual resultará de la obra realizada: es lo que

ocurre cuando se fija el precio por cada metro cúbico de movimiento de tierra o de roca, o por cada metro cuadrado de pavimento asfáltico, o por colocación de cada pilote. También se acostumbra el sistema de *administración delegada,* que consiste en que la administración se obliga a cubrir los costos de los materiales, equipos y personal, y entregar, además, al contratista, por concepto de retribución, un porcentaje convenido que se calcula sobre aquellos costos.

La modalidad usada con mayor frecuencia en Venezuela en la celebración de los contratos de obra pública es la de establecer los precios unitarios. En una cláusula del contrato generalmente se hace una estimación aproximada del monto del contrato; pero el precio por pagar la administración será el que habrá de resultar de la multiplicación de los precios unitarios por las cantidades que resulten del trabajo realmente realizado.

El precio normalmente se paga en moneda de curso legal. Puede también convenirse en que el precio sea pagado en títulos de deuda pública. También pueden combinarse ambas formas: parte del precio puede ser pagado en moneda de curso legal y otra parte, en títulos de deuda pública.

Cuando las condiciones fiscales lo permiten, se acostumbra que la administración haga al contratista un anticipo de una parte del precio. Durante muchos años se ha acostumbrado que el anticipo sea del diez por ciento del precio global o de la estimación prudencial del monto del contrato.

La administración, generalmente, efectúa el pago del precio por fracciones, de acuerdo con el progreso de los trabajos. Con este bjeto el contratista presenta en los períodos convenidos, generalmente mensuales, una relación especificada de los trabajos ejecutados, con expresión de las tareas de cada naturaleza, de la cantidad realizada de cada una de esas tareas, y del precio unitario convenido. La relación periódica deberá ser examinada y aprobada por el ingeniero inspector. La relación de trabajos, aprobada por el ingeniero inspector, se llama "certificado de obra". La administración deberá con toda puntualidad ordenar el pago de la cantidad

liquidada conforme a cada certificado de obra. De haber habido anticipo, se hará un descuento de la suma a que alcancen los certificados de obra.

167. *Garantías*

El contratista deberá en el momento de la celebración del contrato, o dentro del plazo fijado en él, presentar a la administración, garantías especiales, para responder de la correcta inversión del anticipo, si lo hubiere, y en todo caso, de la fiel ejecución de la obra. Estas garantías pueden consistir en una hipoteca, prenda, o en una fianza otorgada por un Banco, Compañía de Seguros, u otra empresa o particular de reconocida solvencia, todo a juicio de la administración.

168. *Responsabilidad del contratista*

Aun después de recibida la obra definitivamente por la administración, subsiste la responsabilidad del contratista, si hubiere habido de su parte maquinaciones dolosas. Además, en derecho administrativo se aplica, con ciertas limitaciones, la disposición contenida en el artículo 1.637 del Código Civil, que consagra la responsabilidad decenal del constructor. En efecto, dicha disposición expresa: "Artículo 1.637. Si en el curso de diez años, a contar desde el día en que se ha terminado la construcción de un edificio o de otra obra importante o considerable, una u otra se arruinaren en todo o en parte, o presentaren evidente peligro de ruina por defecto de construcción o por vicio del suelo, el arquitecto y el empresario son responsables. La acción de indemnizacion debe intentarse dentro de dos años, a contar desde el día en que se ha verificado uno de los casos mencionados". La doctrina y jurisprudencia francesas consideran que la responsabilidad decenal del contratista no se regula estrictamente por el expresado artículo del Código Civil (que tiene su equivalente en el Código Civil francés), pues debe adaptarse a las condiciones peculiares en que se realizan las obras públicas. Conforme con tal criterio, el profesor uruguayo Sayagués Laso, lo estima aplicable

a su país y, en consecuencia, sostiene que el contratista no responde de la ruina proveniente de "errores de los planos que preparó la administración y que el contratista se limitó a cumplir, de efectos del suelo, o de órdenes erróneas impartidas por la administración, salvo que por la naturaleza de la orden se estimase que el contratista debió oponerse o, al menos, formular reservas para salvar su responsabilidad. Por el contrario, responderá el contratista siempre que le sea imputable el vicio que provoca la ruina total o parcial". (Sayagués Laso. *Ob. cit.* Tomo II, núm. 554).

169. *Extinción del contrato de obra pública*

El contrato de obra pública concluye normalmente mediante la ejecución de la obra. Puede también concluir, sin que la obra haya sido ejecutada, o habiéndolo sido só'o en parte, por rescisión. La rescisión del contrato de obra pública puede originarse en diferentes causas:

a) Si el contratista faltare al cumplimiento de las obligaciones contraídas, ya por retardo en la ejecución o por cualquier otra violación de las cláusulas contractuales, la administración pública tiene la facultad de declarar por decisión unilateral la rescisión del contrato y de exigir al contratista las restituciones e indemnizaciones a que hubiere lugar. Esta materia puede ser objeto de regulación especial en el contrato, caso en el cual las partes deberán atenerse a lo convenido. En caso de ser declarada administrativamente la rescisión del contrato, quedará al contratista, si se estima agraviado por aquella decisión, la facultad de acudir por ante los órganos jurisdiccionales competentes.

b) Aun sin falta alguna del contratista, la administración tiene en todo instante, haya o no comenzado la ejecución de la obra, el derecho de declarar la rescisión del contrato. Es un poder discrecional de la administración, que puede ser ejercido por ella, esté o no previsto en el contrato, y al que no podría válidamente renunciar, por estar ligado al orden público. Esta misma facultad la reconoce el Código Civil al dueño de la obra, en la regulación del contrato de obras celebrado entre particulares. En efecto,

expresa el mencionado Código: "Artículo 1.639. El dueño puede desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, de su trabajo y de la utilidad que hubiere podido obtener de ella". Igualmente en caso de que la administración ponga fin discrecionalmente al contrato de obra pública, sin incumplimiento del contratista, éste tendrá derecho a ser indemnizado por el daño emergente y por el lucro cesante.

c) El contratista tiene la facultad de pedir la rescisión del contrato, aun sin falta cometida por la administración, cuando las modificaciones propuestas por ésta sean de tal magnitud que resulten inaceptables, ya sea por exceder de los medios de que pueda disponer el contratista, o por traspasar las limitaciones previstas en el contrato respecto de posibles modificaciones. En este último caso tiene, además, el contratista, derecho a una indemnización.

d) Si la administración dejare de efectuar oportunamente los pagos previstos en el contrato, o de cumplir cualesquiera otras de las obligaciones consignadas en éste, el contratista podrá, según las reglas del derecho común, pedir judicialmente sea declarada la resolución del contrato, y condenada la administración al consiguiente pago de los daños y perjuicios.

e) Finalmente el contrato de obra pública puede extinguirse por acuerdo amigable entre ambas partes.

Sección II

LA CONCESION DE OBRA PUBLICA

170. *Definición*

La concesión de obra pública es un acto mediante el cual una parte se compromete a ejecutar una obra destinada al uso público a cambio de la facultad que la administración le trasmite, de percibir por un tiempo limitado, cantidades de dinero de los usuarios como un medio de cubrir el costo de la obra y de obtener un beneficio normal.

La anterior definición suscita las siguientes observaciones:

1ª) La concesión de obra pública no es un simple contrato, sino un acto de naturaleza mixta: contiene una parte reglamentaria, cuyos efectos se aplican al público, formado por un número indeterminado de personas, quienes tendrán el derecho al uso de la obra; y una parte contractual, relativa al plazo de duración y a las ventajas económicas del concesionario.

2ª) En la concesión de obra pública figuran siempre dos sujetos de derecho: el concedente, o sea, una entidad administrativa, y el concesionario, que es casi siempre, un particular o una compañía de comercio.

3ª) La concesión de obra pública difiere del contrato de obra pública en que en éste, el precio es pagado por la administración, mientras que en aquélla lo es por los usuarios.

4ª) La concesión de obra pública no puede tener por objeto toda clase de obras públicas, sino aquellas cuya utilización sea susceptible de ser gravada con una tasa, como los puentes, los caminos y los muelles. En consecuencia, no pueden ser objeto de concesiones de obra pública los edificios destinados a ser utilizados por los órganos del Estado, tales como los que se construyen para ser ocupados por las Cámaras Legislativas, los Ministerios del Despacho o la Corte Suprema de Justicia.

171. *Concesión de obra pública y concesión de servicio público*

Durante el siglo pasado estuvieron confundidas la concesión de obra pública y la concesión de servicio público, pues no se concebía esta última sino bajo la forma de concesión de obra pública. Hoy se admite que puede haber concesión de servicio público sin que lleve implícita la construcción de una obra pública, como ocurre en la concesión de transporte en autobuses, y en los casos en que el servicio concedido por la administración tiene ya construidas las instalaciones inmobiliarias.[1]

1. Sayagués Laso, *ob cit.*, t. II, núm. 560.

No hay confusión en la doctrina actual entre las figuras jurídicas mencionadas.

En el contrato de obra pública el contratista se obliga a ejecutar una obra mediante el pago de un precio que se compromete a hacer la administración. Ejecutada la obra, el contratista la entrega, y desde ese momento el contratista perderá todo contacto con la obra. Podrá en lo sucesivo usar de ella, pero sólo como simple particular.

En la concesión de obra pública, concluida ésta, el concesionario la retiene durante el tiempo de la concesión, porque esto le permitirá percibir de los usuarios los derechos por su utilización. Por el tiempo de la concesión el concesionario ejerce un derecho, el de percibir las tasas; y cumple un deber, el de mantener la obra en condiciones de servir para el uso a que está destinada.

En la concesión de servicio público lo fundamental es la obligación contraída por el contratista, de organizar y poner en funcionamiento el servicio concedido y, por lo tanto, aun siendo indispensable para ello la construcción de una obra inmobiliaria, ello viene a ser un elemento secundario de la concesión. En tanto que en la concesión de obra pública la obligación del concesionario, concluida la construcción, se limita al mantenimiento de la obra, como en el caso del que construye un puente en virtud de concesión, en la concesión de servicio público, el concesionario se obliga a desarrollar una actividad especial para servir al público, de modo que la obra construida, si la hubiere, constituye sólo un medio para el desenvolvimiento de esa labor, que es el objeto principal de la concesión. Esto último es lo que ocurre con las concesiones de ferrocarriles, de alumbrado o de acueductos.[2]

Sección III

EL CONTRATO DE SUMINISTROS

172. *Noción general*

El contrato de suministros es aquel en que un particular o empresa privada se obliga a ceder a la administración por un precio

2. Sayagués Laso, *ob. cit.*, t. II, núm. 560.

convenido, bienes mobiliarios destinados a asegurar la marcha de las actividades administrativas.

Este contrato es utilizado para la adquisición de los objetos más diversos requeridos por la administración: artículos de escritorio para las oficinas públicas, gasolina de aviación para las fuerzas aéreas, calzado y uniformes para las tropas, pupitres y mapas para las escuelas, medicinas y algodón para los hospitales, cemento y asfalto para la construcción de obras públicas.

Para algunos autores, especialmente italianos, sólo existe contrato de suministros cuando el abastecedor se obliga a efectuar sucesivas entregas de objetos mobiliarios, y no cuando su obligación es la de hacer una sola entrega. Si se trata de una sola entrega, se considera que hay un contrato de compraventa, regido por el derecho privado.

La mayoría de los autores, entre ellos los franceses e hispanoamericanos, acepta para ambos casos la denominación de contrato de suministros. Pero aun dentro de esa denominación cabe hacer una distinción: si el abastecedor contrae la obligación de hacer una sola entrega, se trata de un contrato de suministros, pero sujeto a las reglas del derecho común; si fueren entregas múltiples, sería un contrato administrativo, regulado por el derecho público.

La razón de esa distinción es la siguiente: en el contrato de entrega única el abastecedor no queda asociado a la administración pública por medio de una colaboración que presente un mínimo de permanencia. Por el contrario, en el contrato de entregas múltiples se establece un lazo de cierta permanencia entre la administración y el abastecedor, que da lugar a la posibilidad de aplicar la teoría particular de los contratos administrativos.

CAPITULO XXII

LA PERSONALIDAD DE LA ADMINISTRACION

173. *Noción general acerca de la personalidad*

Las personas son los sujetos de derecho, activos y pasivos, esto es, los seres capaces de adquirir derechos y de contraer obligaciones, de tener un patrimonio, de figurar como acreedores y deudores, demandantes y demandados. Se cree generalmente, que el origen etimológico de este vocablo está en el latino "persona", que inicialmente significó "máscara", o sea, la careta que usaba el actor en la escena, palabra que posteriormente se aplicó al propio actor. Trasladada al lenguaje de derecho, "persona" significa todo ser que representa un papel o ejerce una función en las relaciones jurídicas.

Las personas se dividen en *naturales y jurídicas*. Las primeras son llamadas también físicas o reales. Las segundas se denominan igualmente personas morales, civiles o ideales.

El Código Civil venezolano (art. 15) acoge la división de las personas en naturales y jurídicas. Son personas naturales —según el artículo 16 del expresado Código —todos los individuos de la especie humana. Conforme al artículo 19 del mismo Código, son personas jurídicas: la Nación y las entidades políticas que la componen; las Iglesias, de cualquier credo que sean; las Universidades y, en general, todos los seres o cuerpos morales de carácter público; y las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado.

174. *Naturaleza de las personas jurídicas*

En lo que respecta a la naturaleza de las personas jurídicas se han emitido diversas teorías, entre las cuales han alcanzado mayor difusión: las de la ficción, de la realidad, la negativa de la personalidad jurídica, la de la propiedad colectiva.

Según la teoría de la ficción, expuesta en 1830 por el gran jurisconsulto alemán Savigny, las personas jurídicas son "seres ficticios", que no existen sino para fines jurídicos y que "aparecen al lado del individuo como sujetos de las relaciones de derecho". El nombrado autor sostuvo que la capacidad ficticia de las personas jurídicas sólo tenía aplicación en las relaciones regidas por el derecho privado, y, por otra parte, que la noción de persona jurídica sólo interesa al derecho patrimonial, y no al derecho de familia.

Según las diversas teorías de la realidad, las personas jurídicas no son creaciones artificiales del legislador, sino entidades que corresponden a la realidad social, y que tienen existencia propia, independiente de la existencia de cada uno de sus componentes. Entre las teorías de la realidad, la más conocida es la de Gierke, jurisconsulto alemán del siglo XIX, quien sostiene que las personas jurídicas son organismos sociales dotados de una potestad propia de querer; que estos organismos sociales existen sin determinación alguna del Estado, el cual se limita a reconocer o constatar lo que surge espontáneamente de la realidad social. El mismo Gierke sostiene que la personalidad jurídica quiere y obra por medio de sus órganos. La entidad colectiva tiene, según este autor, una capacidad propia de querer, lo que constituye el fundamento de la personalidad, porque el derecho atribuye la calidad de persona a todo portador autónomo de la voluntad.

Los maestros de la escuela francesa de Burdeos (Duguit y Jèze) niegan la existencia de la personalidad moral tanto en el dominio del derecho privado, como en el campo del derecho público. Conforme a los principios del positivismo jurídico proclamado por ellos, tales autores rechazan la noción de la personalidad moral como una abstracción jurídica carente de utilidad.

Para el profesor H. Berthélemy, administrativista, y para el civilista Planiol, ambos franceses, la personalidad moral, aplicada a los grupos, no es, en resumen, sino un medio de explicar las reglas de la propiedad colectiva. Según tales autores, cuando varios individuos forman una asociación no dan nacimiento a una nueva persona, ni real, ni ficticia. Los componentes de esa asociación pueden ser propietarios individualmente; pueden también ser propietarios

indivisamente; pueden, en fin, serlo colectivamente. Si muchas personas son propietarias colectivamente, se aplicarán las reglas de derecho como si todos los asociados formaran una sola persona: una persona moral. Berthélemy expone: "Cuando digo que el Estado es una persona moral quiero expresar lo siguiente: los franceses son colectivamente propietarios de bienes y titulares de derechos; tienen un patrimonio colectivo que no está a disposición de cada uno de ellos como los bienes de una sociedad mercantil no pertenecen a cada asociado tomado individualmente".[1]

Entre los autores modernos prevalece la teoría de la realidad de las personas jurídicas, en sus diversas formas, pero fundada, en síntesis, sobre la idea de que tras el reconocimiento legislativo de la personalidad, existe una realidad social.

En principio, aceptamos la idea de que el reconocimiento de la personalidad jurídica, tanto a los cuerpos de carácter público, como a las entidades de carácter privado, se basa sobre realidades sociales; pero estimamos que no puede fijarse un criterio uniforme sobre la naturaleza de todas las personas jurídicas. En lo que respecta a los institutos autónomos mal puede afirmarse que su personalidad exista con anterioridad a la declaración legislativa y, por lo tanto, que ésta sólo tenga por objeto la constatación de una realidad preexistente. La creación de los institutos autónomos, y la concomitante atribución de personalidad jurídica a esos institutos no corresponde a una realidad de los hechos sociales, sino deriva de un procedimiento técnico empleado por el legislador, por razones de utilidad colectiva.

175. *Personas públicas y personas privadas*

Las personas jurídicas se clasifican en públicas y privadas. Las personas públicas actúan tanto en las relaciones del derecho público, como en las relaciones del derecho privado. En cambio, las personas privadas se mueven exclusivamente en el dominio del derecho privado.

Fácil es afirmar que son personas públicas la nación, los Esta-

1. Berthélemy. *Traité Elémentaire de Droit Administratif*. Tercera edición, p. 34.

dos de la Unión y los municipios, y es de meridiana claridad que son personas privadas las asociaciones y las sociedades civiles y mercantiles creadas por los particulares. Son los casos extremos de uno y otro tipo de personas, que presentan signos distintivos inequívocos. En cambio, ciertas instituciones han dado origen a divergencias en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la calificación que les corresponda, como personas públicas o privadas.

Por eso, se ha planteado en la doctrina el problema de saber cuál es el criterio distintivo entre las personas jurídicas de una y otra categoría.

Para algunos autores la distinción ha de basarse en el *origen del sujeto* contemplado: se entiende por personas públicas las que deben su existencia a un acto de creación del Estado, y por personas privadas, las que nacen de la voluntad de los particulares, y sólo han sido reconocidas por el Estado. Puede objetarse que tal criterio es inaplicable al Estado mismo, a los Estados de la Unión, a los municipos y a las iglesias, personas públicas que no deben su existencia a manifestaciones del poder estatal. Por otra parte, algunas entidades en cuya creación participa la voluntad de los particulares pertenecen a la categoría de las personas públicas, como luego veremos.

Se ha sostenido también el criterio basado en *el control* que el Estado puede ejercer sobre la entidad considerada. Se afirma que el control del Estado presenta particular intensidad cuando se trata de personas públicas, pues en tal caso, el Estado ejerce un control intrínseco que tiene por objeto evitar que la entidad controlada se dañe a sí misma y arriesgue la obtención de sus propios fines. Puede observarse que todas las personas jurídicas son controladas en alguna forma por el Estado. Este grado de control varía de acuerdo con la legislación de cada país. Entre nosotros presenta mayor intensidad el control ejercido por el Estado sobre los bancos y empresas de seguros, que son personas privadas, que el que ejerce sobre las Universidades Nacionales, que son personas públicas.

Jellinek funda la distinción entre personas públicas y privadas en *la posición* asumida por la entidad considerada respecto a los demás sujetos. Si la entidad ocupa una posición de superioridad, de

tal modo que aparece investida de los *poderes de imperio,* se trata de una persona pública. Por el contrario, las personas privadas carecen de poderes de imperio, y ocupan una posición de igualdad con respecto a los demás sujetos. Objétase que las empresas concesionarias de servicios públicos, que son casi siempre entidades privadas, creadas con la finalidad de obtener ganancias, ejercen durante el tiempo de la concesión poderes de supremacía que le son otorgados por el concedente; y en cambio, algunas personas públicas, como las creadas con fines de beneficencia, carecen generalmente de poderes de imperio.

Gaston Jèze, fiel a su criterio que coloca al *servicio público,* en la base de todas las concepciones del derecho administrativo, sostiene que la diferenciación entre el establecimiento público, persona jurídica de derecho público y el establecimiento de utilidad pública, persona jurídica de derecho privado, consiste en que el primero está configurado por la existencia de un servicio público y de un patrimonio afectado a los gastos del mismo, en tanto que el segundo es una modalidad de la iniciativa privada. Por lo demás, Jèze opina que para saber si realmente existe establecimiento público propiamente dicho, es necesario vincularlo a la voluntad del legislador. Dada la vaguedad de la noción de servicio público, no conviene adoptar este criterio de distinción.

Otros autores opinan que el signo que caracteriza a las personas públicas y las distingue de las personas privadas es el *fin propio* de la persona jurídica, esto es, "el elemento que es fundamento de la misma personalidad". Otto Mayer, sostenedor de esta tesis, expone: "Son personas morales de derecho público aquellas que, como el Estado y el Municipio, *existen con el fin de realizar la administración pública*". Y agrega: "La administración pública es la actividad que constituye la esfera de aplicación del derecho público. Es lógico que la persona moral, que existe a fin de hacer la administración pública, pertenezca por sí misma al derecho público".[2] En el mismo sentido, el maestro italiano Zanobini, según el cual "entes públicos son los que tienen por objeto un fin propio también del Estado, además de hacerlo en interés propio". Zanobini expone que los entes ecle-

2. Otto Mayer. *Derecho Administrativo Alemán.* Tomo IV, p. 256.

siásticos son públicos, considerados en relación a las finalidades de la Iglesia, ordenamiento jurídico originario de cuya organización forman parte y que, por lo tanto, no se trata de "entes públicos del Estado, sino de entes públicos de la Iglesia, que el Estado simplemente reconoce con los mismos caracteres que tienen en el ordenamiento del cual forman parte inmediata".[3] La objeción fundamental formulada contra el criterio del fin consiste en que los fines del Estado varían de un país a otro, de una época a otra; luego, no es posible determinar de una manera precisa la extensión y el contenido de los fines del Estado, pára deducir en consecuencia cuáles sean las entidades a las que corresponda la calificación de públicas, en razón de las metas perseguidas.

A nuestro parecer, para establecer la diferenciación entre personas jurídicas públicas y personas jurídicas privadas, es preciso atender al *régimen jurídico* a que están sometidas dichas entidades. Son personas públicas: el Estado venezolano, los Estados de la Unión, los Municipios, las Iglesias, las Universidades Nacionales y demás institutos autónomos, y en general, todas aquellas instituciones *cuya organización y funcionamiento estén regidos en todo o en parte por normas de derecho público, sean o no parte integrante de la administración.* Son personas privadas: las asociaciones, fundaciones y sociedades civiles y mercantiles *cuya organización y funcionamiento estén exclusivamente regidos por el derecho privado.* La circunstancia de que el Estado haya adquirido la totalidad de las acciones de una compañía, o una parte de las mismas, no convierte en persona pública a dicha entidad, mientras la Ley no someta su organización y funcionamiento en todo o en parte a un régimen de derecho público.

El profesor Sayagués Laso ha hecho la interesante observación de que no hay coincidencia entre los conceptos de persona pública y entidad estatal. Anteriormente se estimaba que toda entidad estatal era pública y toda persona pública, necesariamente estatal, por lo que en definitiva, público y estatal venía a ser la misma cosa. En realidad, los Estados, los municipios y los institutos autónomos son personas públicas estatales, porque forman parte integrante de la

3. Guido Zanobini. *Corso di Diritto Amministrativo,* Milano, 1954, t. I, p. 125.

administración. Hay, por otra parte, personas jurídicas cuya organización y funcionamiento están regulados por disposiciones de derecho público, pero que no forman parte integrante de la administración pública, tales como los Colegios de Abogados, el Colegio de Ingenieros y demás asociaciones profesionales, reguladas por la Ley, las cuales se denominan personas públicas no estatales. En fin, las empresas del Estado, o sea, las sociedades o compañías de comercio cuya creación, organización y funcionamiento se rigen por normas de derecho privado, pero cuyas acciones han sido adquiridas por el Estado, reciben la calificación de empresas estatales pero no son personas públicas, mientras una Ley no las someta a reglas del derecho público. Existen, pues, personas públicas estatales, personas públicas no estatales y personas estatales pero no públicas.[4]

176. *Personalidad jurídica del Estado*

El Estado es la persona jurídica mayor: es la personificación jurídica de la nación o, lo que es igual, el sujeto de los derechos de la nación.

El concepto de Estado pertenece al derecho, en tanto que el concepto de la nación, a la sociología. La nación es el grupo social formado por la continuidad histórica, la comunidad de recuerdos, igualdad de problemas en el presente, y solidaridad en las aspiraciones para lo porvenir. Cuando la nación se asienta sobre un territorio determinado, y organiza en él un régimen de gobierno que ejerce autoridad común sobre el suelo y sus habitantes, se ha transformado en Estado. Son, por lo tanto, elementos constitutivos del Estado: el grupo social, el territorio y la autoridad común.

Según las ideas de algunos juristas germánicos —Mayer, Laband— el Estado es un ser jurídico distinto de la comunidad nacional: es el sujeto de sus propios derechos. En Francia, durante el siglo XIX predominó la doctrina según la cual la nación es una entidad jurídica distinta del Estado: La nación, como titular de la soberanía, era considerada una persona distinta del Estado, y anterior a él.

4. Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, p. 175 y ss.

En nuestros días no se admite la separación entre la persona nación y la persona Estado. Como escribe Villegas Basavilbaso, "los poderes y derechos de los cuales el Estado es sujeto no pueden ser otros que los poderes y derechos de la nación misma" (Tomo II, p. 131).

Durante el siglo pasado fue corrientemente admitido que el Estado realiza actos de autoridad y actos de gestión, y que los primeros no implican la existencia de una persona jurídica en cuyo nombre sean cumplidos. En los actos de autoridad se decía que el Estado actúa como potencia pública, como poder; y en los actos de gestión, como persona privada.

Posteriormente surgió la doctrina de la doble personalidad del Estado: pública y privada, esta última denominada Fisco. Como persona pública, el Estado es el sujeto de los derechos de soberanía; como persona privada, es el sujeto activo y pasivo de los derechos y obligaciones de carácter patrimonial.

Pensamos con Michoud que el Estado-poder público y el Estado-persona moral de derecho privado "constituyen un solo y mismo sujeto de derechos". Si se les separa arbitrariamente, sea fraccionando el Estado en dos personalidades, sea, lo que es lo mismo, limitando la idea de la personalidad a una sola de sus manifestaciones, a la del derecho privado, se llega a consecuencias inadmisibles: será necesario decir, por ejemplo, que el Estado-poder público no es responsable de los actos cumplidos por el Estado-persona privada, y recíprocamente; que un contrato celebrado por uno es para el otro *res inter alios acta;* que la cosa juzgada con respecto a uno no lo es respecto al otro".[5]

A la hora actual domina la tesis de la personalidad única del Estado, de carácter público, apta para moverse en los campos del derecho público y del derecho privado.

177. *La personalidad del Estado en el derecho positivo venezolano*

La Constitución Nacional proclama que la República de Venezuela es un Estado Federal, con los términos consagrados por ella

5. Michoud. *Teoría de la Personalidad Moral.* Tomo I, p. 271.

misma. En consecuencia, se utiliza la palabra "Estado" para designar tanto a la unión federal como a los Estados miembros. La unión federal tiene personalidad jurídica, e igualmente la tienen los Estados miembros. Es lo que reconoce el Código Civil, al expresar que son personas jurídicas y, por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos, la nación y las entidades políticas que la componen.

Es de notar que la Constitución Nacional, el Código Civil, la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional y numerosas leyes aluden preferentemente a "la nación" y algunas veces a "la República" al referirse al sujeto de derechos de la unión federal. Evitan referirse al Estado, probablemente para no crear confusión con los Estados miembros.[5a]

Por otra parte, las leyes fiscales se contraen frecuentemente al Fisco, como titular de los derechos patrimoniales del Estado venezolano. Ley Orgánica de la Hacienda Nacional (art. 10), tras de expresar que la hacienda nacional comprende los bienes, rentas y deudas que forman el activo y el pasivo de la Nación, y todos los demás bienes y rentas cuya administración corresponde al poder federal, contiene la siguiente definición: "La Hacienda, considerada como persona jurídica, se denomina Fisco Nacional".

No obstante la variedad de expresiones usadas, reveladora de imprecisión en el lenguaje, sería inexacto sostener que nuestra legislación consagra la doctrina de la doble personalidad del Estado. La Nación, el Estado venezolano, la República de Venezuela y el Fisco, constituyen un solo y mismo sujeto de derecho.

178. *Sentido estricto y sentido amplio del vocablo "Estado"*

En sentido estricto el Estado es, como antes se dijo, la persona pública mayor: la personificación jurídica de la nación. Se opone a las personas públicas estatales menores: Estados de la Unión, municipios, institutos autónomos.

5a. Usamos el adjetivo "estadal", como en la Constitución Nacional, para designar lo relativo o perteneciente a los Estados miembros; y el adjetivo "estatal", para lo relativo o perteneciente al Estado, ya en su significación de persona pública mayor, o empleada la palabra en su sentido más amplio, como conjunto de sujetos de derecho integrantes de la administración.

En un sentido amplio, el Estado abarca la totalidad de las entidades estatales de un país determinado, y se opone a los particulares, empresas privadas y personas públicas no estatales.

179. *Otras personas públicas*

Los Estados de la unión venezolana no son simples divisiones geográficas y administrativas de la nación. Tienen personalidad jurídica. Son las "entidades políticas" que componen la nación, comprendidas en la enumeración del artículo 19 del Código Civil.

Los municipios son también personas jurídicas, según lo declara el artículo 25 de la Constitución Nacional.

Los institutos autónomos son establecimientos creados por el Estado, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, distintos de la hacienda nacional. Según la actual Constitución, sólo pueden ser creados por ley. Según el artículo 10 de la Ley de Universidades, las Universidades Nacionales tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco Nacional, lo que significa que son organismos que revisten la forma de institutos autónomos.

En cuanto a las sociedades de economía mixta, o sea, las compañías anónimas en las que se asocia el capital del Estado con el capital de los particulares, pueden ser personas de derecho privado o de derecho público, según las circunstancias. A nuestro parecer, y en concordancia con criterios antes sustentados, si tales sociedades están en totalidad o en parte sujetas a normas de derecho público, son personas públicas; y, por el contrario, si están sujetas a un régimen totalmente de derecho privado, son personas privadas. El Banco Central de Venezuela, cuya creación, organización y funcionamiento están regidos por ley especial, que atribuye a dicho organismo el cumplimiento de cometidos estatales, es indudablemente una persona pública estatal, aunque revista la forma de compañía anónima, cuyo capital está suscrito en parte por el Estado —no menos de la mitad—

y en parte por los particulares. El carácter "público" de la personalidad del Banco Central de Venezuela fue reconocido por sentencia de la Corte Federal y de Casación.[6]

180. *Las Iglesias*

El Código Civil venezolano, como antes se apuntó, enumera "las Iglesias de cualquier credo que sean" entre los seres o cuerpos morales de carácter público dotados de personalidad jurídica y, por lo tanto, capaces de derechos y obligaciones. Quedan comprendidas en esta expresión, la Iglesia Católica y las demás que se constituyan en el país para practicar cultos y obtengan del Ejecutivo Nacional el reconocimiento de que sus leyes internas no contrarían los principios de orden público contenidos en la Constitución Nacional y leyes de la República. Con respecto a la Iglesia Católica, es de advertir que en el seno de la misma hay varios entes a cada uno de los cuales las leyes reconocen personalidad jurídica. En efecto, son personas jurídicas y, por lo tanto, capaces de contraer obligaciones y de adquirir derechos, cada una de las Diócesis y Arquidiócesis previstas en la Ley de División Territorial Eclesiástica, cada uno de los Cabildos y Capítulos que existen en cada Diócesis, a los cuales se refiere la Ley de Patronato Eclesiástico, y cada una de las Parroquias que integran las Diócesis y Arquidiócesis, mencionadas en la citada Ley de Patronato Eclesiástico.[7] Todas esas entidades son personas jurídicas públicas, por cuanto están regidas por el derecho público eclesiástico, que es un sector del derecho público.

6. Sent. de 20 de diciembre de 1940, M. de 1941.
7. Tomás Polanco. *Derecho Administrativo Especial,* p. 65.

CAPITULO XXIII

LOS ORGANOS DEL ESTADO

181. *Planteamiento del problema*

En un sentido amplio, la organización administrativa del Estado está integrada por un conjunto de personas jurídicas titulares de derechos a cuyo cargo está la realización de las actividades administrativas.

Tales personas expresan su voluntad por medio de personas físicas. Es necesario, para el ejercicio de la función administrativa, que determinados individuos de la especie humana adopten decisiones y emitan manifestaciones de voluntad en nombre de las entidades administrativas.

Los autores han dado numerosas explicaciones al hecho de que la voluntad de los seres de la especie humana se tenga como la voluntad misma de las personas jurídicas en cuyo nombre actúan, y que, en consecuencia, las manifestaciones volitivas, actos y hechos de aquéllos, comprometen la responsabilidad de las últimas. Entre las teorías elaboradas al respecto, las más importantes son: la teoría del mandato, la teoría de la representación legal y la teoría del órgano.

182. *Teoría del mandato*

Los partidarios de esta teoría sostienen que las relaciones existentes entre la persona jurídica y la persona física que actúa en nombre de aquélla tienen la naturaleza jurídica del mandato. Las personas jurídicas juegan, pues, el papel de mandantes, y los seres humanos que por ellas actúan, ejercen la función de mandatarios.

Esta teoría parte del postulado de que la persona colectiva es un ser completamente distinto y separado de las personas físicas que lo integran, de donde es fácil desprender que la colectividad y el

individuo que actúa por ella se consideran dos personas distintas, la una totalmente extraña a la otra.

Se ha objetado que es esencial al mandato que el mandatario se obligue a ejecutar por cuenta del mandante los negocios que éste la confíe o, lo que es igual, que el mandato requiere un acuerdo de voluntades entre ambas partes, y que en el caso de las personas jurídicas no podría explicarse de qué modo expresa su voluntad la persona jurídica para el conferimiento del mandato.

183. *Teoría de la representación legal*

Según esta teoría, a fin de poder actuar, las personas jurídicas tienen sus representantes legales, al igual que los menores de edad y los entredichos, cuya representación legal es ejercida por los padres o tutores. La ley fija las reglas acerca del funcionamiento de las personas jurídicas, y regula la forma de dotarlas de representantes, tal como el derecho privado determina las normas relativas al nombramiento de tutores. Se provee de representantes legales a las entidades jurídicas, como a los menores de edad o entredichos, porque aquéllas carecen de voluntad y estos últimos de voluntad eficaz para cuidar adecuadamente de sus propios intereses. Lo mismo que los padres en ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad, y los tutores en ejercicio de la tutela sobre los menores o entredichos, los representantes legales de las entidades jurídicas actúan en nombre de sus representados y comprometen la responsabilidad de las mismas.

La teoría de la representación legal explica satisfactoriamente la actuación de los individuos que obran en nombre de las personas jurídicas creadas por el Estado, cuya forma de actuación se establece en la ley, como ocurre en el caso de los institutos autónomos. En cambio, esta teoría deja sin explicación el fenómeno de la actuación de los individuos que obran a nombre del Estado mismo, y de aquellas que actúan a nombre de las entidades colectivas creadas por voluntad de los particulares.

184. *Teoría del órgano*

En el campo general del derecho la teoría del órgano fue creada por Gierke, jurista alemán del siglo XIX.

Dicho autor expone: "El derecho constitucional tiene por objeto establecer las condiciones mediante las cuales un acto de voluntad realizado por ciertos individuos debe ser considerado, no ya como una simple actividad de dichos individuos, sino una manifestación de la vida del ser colectivo". Tales individuos reciben la denominación de órganos.

En la teoría del mandato se exhiben claramente dos personas distintas: el mandante y el mandatario. En la teoría de la representación vemos igualmente dos personas distintas: el representado, o sea, la persona jurídica, y el representante, o sea, el individuo investido por la ley de la potestad para actuar en nombre de aquélla. En la teoría del órgano no aparecen dos personas distintas: las personas jurídicas expresan su voluntad por medio de sus órganos, que son parte integrante de ellas mismas, y no sujetos de derecho. Por eso, en la teoría del órgano no se afirma que una persona actúa en nombre de otra, como el mandatario o el representante legal, sino que las personas jurídicas obran por sí mismas. El órgano es parte de la persona jurídica, y ésta no adquiere plenitud de existencia sin sus órganos, pues sin ellos no podrá moverse en el campo del derecho.

Carré de Malberg, partidario de la teoría del órgano, sostiene que la adquisición de la personalidad jurídica por una colectividad queda subordinada, ante todo, a la condición de que esa colectividad se haya constituido y organizado de manera que asegure en sí la unidad de voluntad, de potestad y de actividad; en el cumplimiento de esta condición reside la verdadera causa determinante de la personalidad jurídica. Esta unidad de voluntad, al engendrar como consecuencia para el Estado la potestad de dominación, no puede realizarse efectivamente sino mediante una organización que trate de producir una voluntad propia de la colectividad por procedimientos formales, ya que por sí misma, la colectividad no tiene voluntad única. "Por ello —escribe Carré de Malberg— el objeto esencial de

toda Constitución es dar a la comunidad nacional —que por eso mismo, se encuentra estatizada— una organización que le permita tener y expresar una voluntad unificada". Esa voluntad no puede ser sino de los individuos. Por eso, es la Constitución la que determina qué personas podrán tener el encargo de querer por cuenta del ser colectivo. Esas personas no se limitarán a enunciar una voluntad colectiva ya formada anteriormente, sino serán los órganos de voluntad de la persona colectiva, órganos mediante los cuales ésta podrá querer jurídicamente. De este razonamiento deduce el mencionado autor que "por órganos hay que entender a los hombres que, individual o corporativamente, quedan habilitados para querer para la colectividad y cuya voluntad vale, por esta habilitación estatutaria, como voluntad legal de la colectividad.[1]

Aun cuando originaria de Alemania, la teoría del órgano ha sido acogida por algunos autores franceses, y por gran número de juristas italianos e hispanoamericanos. A nuestro parecer, ofrece mejor explicación del fenómeno apuntado que las teorías del mandato y de la representación legal.

185. *Doble acepción del vocablo "órgano"*

Entre los expositores de la teoría del órgano se ha observado con frecuencia que emplean indistintamente el vocablo "órgano" para referirse al individuo que desempeña determinada función, esto es, al titular del órgano, bien a la institución. Antes se dijo que el órgano es parte de la persona jurídica, lo que significa que es algo impersonal que no cae bajo el dominio de los sentidos. Pero en la anterior definición, dada por Carré de Malberg, entiende por órganos a los hombres que individual o corporativamente quedan habilitados para querer por la colectividad y cuya voluntad vale, por esta habilitación estatutaria, como voluntad legal de la colectividad. Asimismo, obsérvese en Jellinek: "Un individuo cuya voluntad valga como voluntad de una asociación debe ser considerado en tanto que subsista esta relación con la asociación, como instrumento de la voluntad de ésta, es decir, como órgano de la misma".

1. Carré de Malberg. *Teoría General del Estado*. Nº 373.

Es necesario, pues, para evitar confusiones, distinguir claramente dos acepciones del vocablo "órgano": hay el órgano-individuo y el órgano-institución.

El órgano-institución es inseparable de la persona jurídica y forma parte de su propio ser. Tiene, pues, carácter de permanencia. El órgano-institución se manifiesta por medio del órgano-individuo, esto es, por medio del llamado titular del órgano.

Organos-individuos son las personas físicas o conjunto de personas físicas por medio de las cuales las personas jurídicas manifiestan su voluntad. Son las personas físicas que en un momento determinado ejercen la Presidencia de la República, el Ministerio de Educación, la Gobernación del Estado Miranda o la Sindicatura Municipal del Distrito Federal. Cada órgano-individuo actúa dentro de la competencia del respectivo órgano-institución.

El órgano-institución forma parte integrante de la persona jurídica considerada. Tiene una competencia señalada por el derecho objetivo. La Presidencia de la República, el Ministerio de Educación, la Gobernación del Estado Miranda y la Sindicatura Municipal del Distrito Federal son órganos-institución.

Los órganos-institución del Estado tienen la permanencia de la Constitución o las leyes que los han creado. En cambio, los órganos-individuos son transitorios. La institución llamada Presidencia de la República conserva su esencia inalterable, aun cuando por dicha institución desfilen diferentes individuos investidos los unos con el carácter de titulares y los otros, en ejercicio provisional de la función.

El órgano-institución carece de personalidad jurídica. "Jamás los órganos advienen personas —expresa Jellinek— y el órgano representa a la persona jurídica, pero sólo dentro de cierta competencia". Sabemos que no tienen personalidad ni el Congreso, ni la Corte Suprema de Justicia, ni los Ministerios, ni la Procuraduría General de la República, ni la Contraloría General de la misma, pues todas las instituciones expresadas son órganos de una misma persona jurídica: la nación venezolana.

186. *Clasificación de los órganos*

Los órganos se clasifican desde distintos puntos de vista.

Por su origen, pueden ser *constitucionales* o *legales.* Organos constitucionales son los creados por la Constitución, tales como el Congreso, la Presidencia de la República, los Ministerios, la Corte Suprema de Justicia, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República y la Procuraduría General de la misma. Organos legales son los creados por las leyes, tales como el Estado Mayor Conjunto, las Direcciones de los Ministerios, las Juntas Administradoras o Directorios de los Institutos autónomos.

Por el número de personas que les están adscritas, los órganos pueden ser *individuales* o *colegiados.* Los órganos individuales están formados por una sola persona; los colegiados, por varias personas que concurren a un mismo tiempo y en situación de igualdad al ejercicio de una misma función. La expresión de la voluntad del órgano colegiado es el resultado de una deliberación regida por reglas especiales relativas a la convocatoria, al quórum, las condiciones en que deben efectuarse los debates, el número de votos requrido para la validez de las decisiones, que pueden ser la mayoría absoluta, una mayoría calificada o, en fin, la unanimidad.

Por su estructura, los órganos pueden ser *simples* o *complejos.* Los órganos simples, sean individuales o colegiados, son unidades indivisibles. Los órganos complejos comprenden un conjunto de órganos, individuales o colegiados, que bajo ciertos aspectos permanecen distintos, mientras que en otros se consideran como partes que concurren a formar un órgano único. Organos complejos son, por ejemplo, los Ministerios, formados por el Ministro, los Directores, los Consultores Jurídicos, Consejos o Comisiones Técnicas, etc....

Por su esfera de acción, los órganos pueden ser *externos* o *internos.* Organos externos son aquellos que ponen a la persona jurídica en relación con otros sujetos de derecho; tales son, por ejemplo, los Ministros del Despacho o el Procurador General de la República, que actúan a nombre de la nación en la celebración de contratos, o el Gobernador del Distrito Federal o el Síndico Procurador Muni-

cipal, que en actos contractuales el primero y el segundo en actuaciones judiciales, actúan a nombre del Municipio. Los órganos internos, en cambio, ejercen una acción limitada en la esfera interna de la propia persona jurídica de la cual forma parte, sin relación con otros sujetos de derecho: tal es el caso de los consultores jurídicos de los Ministerios.

Desde el punto de vista de la naturaleza de las atribuciones, los órganos se dividen en *activos, consultivos* y de *control.* Los órganos activos son los que forman o contribuyen a formar la voluntad de la entidad jurídica, o bien están encargados de manifestar esa voluntad o de ejecutarla. Los órganos consultivos, en cambio, no adoptan ni ejecutan decisiones ni en forma alguna realizan manifestaciones de voluntad, sino de inteligencia: ilustran con sus dictámenes el criterio de los órganos activos. Los órganos de control tienen por misión asegurar la regularidad de los actos de los órganos activos, tanto en el aspecto de su legitimidad como de su sinceridad. Un Ministro o un Gobernador son órganos activos; un Consultor Jurídico, un órgano consultivo; el Contralor, un órgano de control.[2]

187. *La competencia de los órganos*

De lo expuesto anteriormente se desprende que una misma persona jurídica puede tener numerosos órganos, y que cada uno de éstos tiene atribuida determinada competencia.

La competencia consiste en la medida de la potestad que corresponde a cada órgano del Estado o, como expresa Zanobini, en "el conjunto de la potestad, o sea, de las funciones que cada órgano está autorizado a ejercer". Las atribuciones que puede ejercer un órgano de la administración son únicamente las que han sido fijadas por el derecho objetivo y, en consecuencia, los agentes administrativos carecen de potestad para adoptar una decisión determinada sin una regla atributiva de competencia.

El concepto de competencia, que corresponde al derecho público, es análogo al concepto de capacidad, propio del derecho pri-

2. Guido Zanobini, *ob. cit.*, t. I, p. 141.

vado. Uno y otro significan aptitud legal para obrar. Obsérvase que en derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en tanto que en el derecho público, según se deduce de consideraciones precedentes, la competencia es excepcional y, por lo tanto, de derecho estricto.

188. *Factores determinantes de la competencia*

Los factores que determinan la competencia de los órganos administrativos son la materia, el grado y el territorio.

La competencia por razón de la materia está constituida por los fines que han de perseguirse mediante la actividad de los órganos administrativos. Así, por ejemplo, el Estatuto de Ministerios, al atribuir a cada uno de los despachos del Poder Ejecutivo, grupos de fines y de servicios determinados, deslinda la competencia por razón de la materia entre los órganos directos del Presidente de la República. En virtud de las disposiciones de ese Estatuto, corresponde al Ministerio de Fomento el control del funcionamiento de las empresas de seguros, en tanto que al Ministerio de Hacienda, el control de las actividades bancarias.

La competencia por razón del grado está relacionada con el principio de la jerarquía. En efecto, en cada ramo de la administración pública se observan órganos de diferente nivel, en gradación escalonada. Las leyes atribuyen a ciertos órganos inferiores facultad para conocer y adoptar decisiones en primer grado sobre determinados asuntos, y en caso de ser interpuesto contra la providencia recaída, recurso de impugnación para ante el superior, tocará a éste reconocer en alzada, con facultades para revocar, reformar o confirmar el acto impugnado. No pueden indistintamente conocer uno u otro órgano, de los asuntos comprendidos en la materia de la competencia de ambos, sino con arreglo al ordenamiento expresado.

La competencia por razón del territorio está relacionada con las divisiones o circunscripciones administrativas dentro del territorio nacional. Cada órgano administrativo ejerce sus atribuciones dentro del ámbito territorial que le haya señalado el ordenamiento

jurídico. El inspector de Trabajo en el Estado Anzoátegui carecerá de competencia para el ejercicio, en territorio del Estado Sucre, de las atribuciones propias de una inspectoría de ese ramo.

189. *La jerarquía*

Según queda expuesto, el Estado y las demás personas públicas tienen pluralidad de órganos. En particular el Estado, dada la diversidad de sus fines, es natural que disponga de numerosos órganos para alcanzar aquéllos. Además, frecuentemente varios órganos del Estado colaboran armónicamente en la realización de un mismo fin. Es indispensable que los distintos órganos de un mismo sector de la administración pública actúen en forma coordinada y unificada para alcanzar las metas perseguidas. Con tal propósito es imprescindible que el funcionamiento de esos órganos esté sujeto a un ordenamiento especial, o sea, la jerarquía, la cual se caracteriza por la subordinación de los órganos inferiores respecto de los superiores o, lo que es igual, a la supremacía de éstos con relación a aquéllos. En el ordenamiento jerárquico cada órgano "depende de los que le preceden y rige a los que le siguen".[3] La necesidad de una buena administración exige que en el vértice de la jerarquía administrativa haya una voluntad superior que imponga unidad y disciplina en la acción.

Las precedentes consideraciones acerca del ordenamiento jerárquico sólo tienen aplicación con respecto a los órganos de la administración, y no con relación a los órganos legislativos y judiciales.

La supremacía de los órganos superiores sobre los inferiores en el campo de la administración pública comprende los siguientes poderes:

1º) *El poder de dar órdenes generales,* mediante instrucciones y circulares, u *órdenes especiales,* siempre dentro del círculo de la competencia del superior, y con el propósito de contribuir al buen funcionamiento de los servicios públicos.

2º) *El poder de vigilancia,* sobre los órganos inferiores, que

3. B. Villegas Basavilbaso. *Derecho Administrativo.* Buenos Aires, 1950. Tomo II. p. 265.

abarca la facultad de solicitar informaciones y rendiciones de cuenta y de promover investigaciones.

3º) La facultad de *decidir,* en principio, *los conflictos de competencia* que puedan suscitarse entre los distintos órganos subalternos de un mismo superior.

4º) También en principio, *la facultad de revocar o reformar* los actos administrativos del órgano inferior.

La subordinación administrativa envuelve el *deber de obediencia* a las órdenes recibidas del superior jerárquico. El deber de obediencia no tiene un carácter absoluto. Tiene sus límites, que examinaremos en la oportunidad de exponer los deberes de los funcionarios.

CAPITULO XXIV

AGENTES, FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS. ANALISIS DE ESTOS CONCEPTOS EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA LEGISLACION VENEZOLANA

190. *Planteamiento general*

Hay notables discrepancias en la doctrina de los distintos países, e inclusive entre los autores de un mismo país, en relación con los conceptos de agentes, funcionarios y empleados públicos y demás calidades de individuos que prestan servicios a la administración pública. En algunas ocasiones, las diferencias advertidas entre los teóricos provienen de las que existen entre los sistemas nacionales de la legislación, y en otras, de las concepciones doctrinarias de cada autor. Dada la visible influencia ejercida en nuestro derecho por Francia e Italia, resulta útil analizar la doctrina dominante en ambas naciones sobre tales materias, antes de examinar esos conceptos en la legislación venezolana.

191. *Doctrina francesa*

En la obra de Leon Duguit, se designa "agente público" a toda persona que participa, ya sea de manera permanente, temporal o accidental, en la actividad pública, sin tener el carácter de gobernante directo o representante, siendo indiferente la naturaleza de sus actos, ya sean de orden jurídico o bien consistan en simples operaciones materiales. Según aquel autor, todo el mundo reconoce que hay entre los numerosos agentes públicos una distinción por hacer, pero reina el mayor desacuerdo sobre el fundamento de esta distinción y sobre las consecuencias que de ellas deben desprenderse. Duguit divide los agentes públicos en dos grandes clases: los agentes empleados y los agentes funcionarios. Agentes funcionarios son los que participan de una manera permanente y normal en el funcionamiento de un servicio público, cualquiera sea el carácter de los actos

que realizan, actos jurídicos o simples operaciones materiales; por eso, a juicio de Duguit, los agentes y subagentes de correos y telégrafos, que participan de una manera permanente en el cumplimiento de este servicio, son funcionarios, asimismo los obreros de los servicios públicos, siempre que participen de una manera permanente y normal en un servicio público. En cambio, el agente empleado es el que participa de una manera momentánea o accidental en el funcionamiento de un servicio público. Según una jurisprudencia constante —expresa el citado autor— los procesos surgidos entre la administración y los funcionarios con ocasión de la función son de la competencia de los tribunales administrativos; al contrario, los procesos entre la administración y los agentes empleados son de la competencia de los tribunales judiciales.[1]

Gaston Jèze clasifica los individuos que dedican su actividad a los servicios públicos en cuatro categorías, a saber: *gobernantes, agentes del servicio público propiamente dichos, auxiliares y requisados.* El rasgo común de todos estos individuos es que realizan prestaciones de actividad personal en favor del funcionamiento de los servicios públicos. Los *gobernantes* intervienen en la creación de los servicios públicos: tales son los diputados, los senadores y los ministro. Los *agentes del servicio público propiamente dichos,* o sea, los funcionarios públicos aseguran mediante su actividad personal el funcionamiento de un servicio regular: tales son los prefectos, alcaldes, concejales, jueces, oficiales del ejército, soldados, agentes de policía, profesores, maestros, ingenieros. *Los auxiliares* prestan temporaria, excepcional y ocasionalmente su actividad para el funcionamiento de un servicio regular. Los *requisados* prestan su actividad para el funcionamiento de un servicio público, pero no de manera voluntaria, sino por la fuerza, mediante la manifestación unilateral de voluntad de un agente público.[2]

Berthélemy, por su parte, afirma que los funcionarios son, en general, "aquellos que habiendo aceptado un nombramiento de la administración para un cargo determinado, colaboran de manera con-

1. Leon Duguit. *Droit Constitutionnel.* T. III, p. 1-22.
2. Gaston Jèze. *Los Principios Generales de Derecho Administrativo.* T. II, pp. 237 y ss.

tinua en la gestión de la cosa pública". Dentro de ese concepto quedan incluidos, según el expresado tratadista, funcionarios de carrera y ocasionales, los que ejercen funciones retribuidas y gratuitas, temporales y vitalicias. Como es sabido, Berthélemy acepta la vieja división entre funciones de autoridad y funciones de gestión y, en consecuencia, clasifica los funcionarios en dos categorías: funcionarios de autoridad y funcionarios de gestión. Aquéllos participan en el ejercicio del poder público; éstos sólo realizan actos de gestión, esto es, operaciones materiales o actos jurídicos que no tienen el carácter de actos de autoridad, y que pueden ser hechos por un particular.[3]

Las doctrinas de los autores mencionados tuvieron su apogeo en las primeras décadas del presente siglo.

A la hora actual, la doctrina francesa estima que el personal empleado por la administración comprende categorías diversas, entre las cuales la más importante es la de los funcionarios. Un rígido conjunto de reglas de derecho público constituye el régimen jurídico aplicable a los funcionarios, y se piensa que es innecesario aplicarlo a todos los individuos cuyos servicios utiliza la administración.

Desde hace varios años el Consejo de Estado ha definido como funcionario público, el individuo "investido de un empleo permanente en los cuadros del servicio público". Esta definición ha quedado consagrada en el artículo 1º del estatuto general de los funcionarios, de 19 de octubre de 1946, al declarar que dicha ley se aplica "a las personas que, nombradas en un empleo permanente, han sido titularizadas en un grado de la jerarquía de los cuadros de la administración central del Estado, de los servicios exteriores dependientes de él o de los establecimientos públicos del Estado". El carácter de "permanencia" es, pues, un elemento esencial de la actual definición francesa del funcionario público. Sólo es funcionario público el individuo que ocupa de manera permanente un empleo permanente. Quedan, pues, excluidas, de la categoría de funcionarios públicos, numerosas personas empleadas por la administración, tales como los que ocupan los empleos de carácter interino

3. H. Berthélemy. *Traité Elémentaire de Droit Administratif*. 3ª edition, pp. 51 y ss.

y los requeridos para tareas temporales. Es, por otra parte, indispensable, para obtener en Francia la cualidad de funcionario público, la "titularización", esto es, la operación jurídica de investir a un individuo de un empleo fijo, previsto en las leyes y reglamentos del servicio. Además de los funcionarios, forman parte del personal de la administración, los auxiliares y el personal regido por el derecho privado. Los auxiliares forman una categoría que se aproxima a la de los funcionarios; tienden a convertirse en una categoría particular de funcionarios, pero no tienen, por falta de titularización, las garantías de la carrera ni de la estabilidad. En la definición anteriormente dada se exige en el funcionario público la participación en un servicio público; pero no son funcionarios públicos ni los individuos que forman el personal de los servicios públicos concedidos a particulares, ni los que integran el personal de los servicios públicos industriales o comerciales, aunque éstos sean gestionados directamente por el Estado o por medio de un establecimiento público.[4]

192. *Doctrina italiana*

En líneas generales, la doctrina italiana atribuye precisos caracteres a los conceptos de "funcionario" y de "empleado público", desde puntos de vista muy diferentes a los escogidos por la doctrina francesa. Los funcionarios son los titulares de los órganos, esto es, de los *oficios públicos,* según la terminología corriente en los juristas italianos. Según D'Alessio, los funcionarios son las personas que a causa del oficio público al cual están adscritas, son llamadas a formar la voluntad del ente público, a ejercer su representación; y empleados, los que están a disposición de dichos entes, para la prestación permanente, profesional y remunerada de su actividad. Conforme al nombrado autor, la característica del funcionario consiste en que concurre a formar la voluntad del Estado u otra entidad pública o en que ejerce la representación de uno u otra. Caracteriza al empleado la prestación de su actividad personal a la administración de modo permanente, profesional y remunerado. Para Petrozziello, son funcionarios "los individuos que ponen su propia actividad al ser-

4. André de Laubadére. *Traité Elémentaire de Droit Administratif.* 2ª edition. Nº 1.364 y siguientes.

vicio del Estado, o de los otros entes públicos, en general, para querer y actuar en nombre y en el interés de los mismos". Para los autores citados, las calidades de funcionario y de empleado público no son inconciliables: ambas pueden concurrir en una misma persona. Se admite, en consecuencia, una clasificación tripartita de los servidores del Estado: *funcionarios-empleados,* aquellos individuos en quienes concurren ambos conceptos; *funcionarios no empleados,* los que caen dentro del primer concepto, y no en el segundo; *empleados no funcionarios* en el caso opuesto al anterior.[5]

193. *Funcionarios y empleados en la legislación venezolana*

El ordenamiento jurídico venezolano hace uso indistintamente de los términos "funcionario" y "empleado", para designar a todas aquellas personas que prestan servicios a la administración pública.

La Constitución, en el aparte final del artículo 122, dispone: "Todo *funcionario o empleado público* está obligado a cumplir los requisitos establecidos por la ley para el ejercicio de su cargo". La misma Constitución en el artículo 125 expresa: "Ningún *funcionario o empleado público* podrá aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros, sin la correspondiente autorización del Senado". En el ordinal 3º del artículo 140 de la Constitución se prohibe elegir senadores o diputados a *"los funcionarios públicos o empleados nacionales . . .*". En el artículo 150 de la misma Carta Fundamental, entre las atribuciones del Senado, se incluye: "3º. Autorizar a los *funcionarios o empleados públicos* para aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros".

En las disposiciones de la Ley sobre Responsabilidad de Empleados Públicos se alternan con sentido equivalente las palabras "funcionario" y "empleado", y con idéntica significación se utilizan esos vocablos en los artículos 361 y 362 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

Igualmente, según el artículo 73 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, "los *funcionarios* encargados de la administración

5. D'Alessio. *Instituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, T. I, p. 215. Petrozziello, citado por Villegas Basavilbaso, *obra citada.*

y manejo del patrimonio de los institutos o establecimientos oficiales autónomos, se considerarán como *empleados* de hacienda...".

Asimismo, según el artículo 1357 del Código Civil, "instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades por un registrador, por un juez *u otro funcionario o empleado público* que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado.

Como se ve, tanto el constituyente como el legislador ordinario han tenido el propósito evidente de abarcar en sus disposiciones a todos los servidores públicos de la administración, sin discriminación alguna. Por excepción, se observa que en el ordinal 18 del artículo 190 de la Constitución se utiliza la conjunción copulativa "y" entre los términos "funcionarios" y "empleados", lo que parece señalar dos categorías diversas de servidores públicos. La disposición en referencia atribuye al Presidente de la República, "nombrar y remover, de conformidad con la ley, los *funcionarios y empleados nacionales* cuya designación no esté atribuida a otra autoridad". Esta disposición aislada no es suficiente para destruir la intención manifiesta del legislador venezolano en todas las épocas, de usar como sinónimos los vocablos "funcionario" y "empleado".

Por otra parte, no existe en nuestras leyes disposición alguna que contenga, con carácter general, un concepto del funcionario o empleado público.

En algunos textos legales hallamos definiciones del funcionario o empleado público, pero con una significación limitada a los fines especiales perseguidos por esas mismas leyes, por lo que tales definiciones no pueden ser tomadas en cuenta para determinar el concepto general del funcionario público.

Los textos legales a que aludimos son el Código Penal y la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos.

El Código Penal venezolano, para los efectos de la ley penal, considera como funcionarios públicos: 1º) A todos los que estén investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, y tengan por objeto el servicio de la República, de algún

Estado de la Unión, Territorio o Dependencia Federal, Sección, Distrito o Municipio o algún establecimiento público sometido por la ley a la tutela de cualquiera de esas entidades. 2º) Los agentes de la fuerza pública.[6] En ciertos casos, como en los delitos de peculado o concusión, la cualidad de funcionario público en el agente es elemento constitutivo de hecho punible; en otros casos, como en el delito de ultrajes contra las personas investidas de autoridad pública, la cualidad de funcionario público en la víctima es elemento constitutivo del hecho punible; y, en fin, la cualidad de funcionario, ya en el agente o en la víctima, puede constituir en algunas ocasiones, circunstancia agravante.

La Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, para sus fines especiales utiliza los conceptos de funcionario y empleado público como equivalentes, y en un sentido muy amplio, que abarca no sólo a quienes están investidos de funciones públicas, aunque fuesen transitorias, por elección popular o por nombramiento de alguna autoridad competente, sino también a los particulares que administren inmuebles pertenecientes a las entidades estatales, y a los administradores de sociedades civiles y mercantiles cuando su elección o designación depende de alguna de aquellas entidades. Conforme a dicha ley, y únicamente para los fines específicos de la misma, se consideran funcionarios o empleados públicos, los miembros de las Juntas administradoras de la Compañía Anónima Centro Simón Bolívar, de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela y de la Compañía Anónima Venezolana de Navegación, en razón de que la elección de los integrantes de esas directivas depende del Gobierno Nacional y de algunas personas públicas menores.

Carece, pues, de interés práctico en Venezuela, establecer la distinción entre funcionarios y empleados públicos.

En un plano exclusivamente teórico, se acepta generalmente entre nosotros que el término funcionario se reserve para los individuos que en razón de sus funciones ocupan un rango social más elevado, y la calificación de empleados para aquellos que desenvuelven sus actividades en niveles de menor jerarquía. Con un valor

6. Art. 236 del Código Penal venezolano.

puramente académico, aceptamos el criterio de distinción formulado por la doctrina italiana, acogido en la República Argentina por los notables tratadistas Bielsa y Villegas Basavilbaso, criterio conforme al cual los funcionarios son los titulares de los órganos, y ejercen, en consecuencia, una función representativa de las entidades estatales y, en cambio, los empleados se caracterizan por su consagración profesional al desempeño de una tarea pública remunerada. Tales conceptos no son antitéticos, por lo cual pueden concurrir, y frecuentemente concurren, en una misma persona.

194. *Ensayo de una definición del funcionario o empleado público*

Si no tiene utilidad alguna en nuestro país la distinción entre funcionario y empleado, en cambio, ofrece alto interés diferenciar los agentes o servidores públicos de la administración, de los agentes o servidores privados de la misma. Los agentes o servidores públicos de la administración son los funcionarios o empleados públicos, mencionados reiteradas veces en las disposiciones constitucionales anteriormente transcritas, los cuales se hallan vinculados a la administración por nexos de derecho público. Los agentes o servidores privados están ligados a la administración por vínculos de derecho privado.

Funcionarios o empleados públicos son los individuos que, en virtud de nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público, participan en el ejercicio de funciones públicas, al servicio de las entidades públicas estatales.

Conviene desarrollar los diversos elementos que integran la anterior definición.

a) Es necesario que el ingreso al ejercicio de las funciones se realice en virtud de nombramiento de autoridad competente, de elección popular o del cuerpo calificado para ello, de sorteo, o de otro sistema autorizado por las leyes que rijan la materia, que son, naturalmente, normas de derecho público.

b) Es indispensable que el individuo, para ser funcionario o empleado público, participe en el ejercicio de funciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas. Puede tratarse del ejercicio

de la función legislativa, administrativa o judicial, por lo que los funcionarios pueden ser del orden legislativo, administrativo o judicial. Los funcionarios o empleados del orden administrativo pueden participar en el funcionamiento de un servicio público administrativo propiamente dicho, tales como los servicios de la defensa nacional, de la policía del orden, de educación, sanidad, asistencia, registro público, etc; o en el funcionamiento de servicios públicos de carácter comercial o industrial, tales como los servidores de ferrocarriles, navegación aérea, tranvías, autobuses, teléfonos, alumbrado, acueducto, etc.; pero no tienen la calidad de funcionarios ni empleados públicos aquellos individuos que colaboran en las actividades de las empresas privadas de la administración, esto es, las que tienen por finalidad principal, no satisfacer necesidades de interés general, sino obtener ganancias pecuniarias.

c) Los funcionarios o empleados deben estar al servicio directo de una persona pública estatal: la nación, un Estado, un municipio o un instituto autónomo. No son funcionarios ni empleados públicos los individuos que prestan su colaboración a las empresas concesionarias de servicios públicos, ni a las empresas estatales que revisten la forma de sociedades comerciales.

195. *Los agentes públicos y la Ley del Trabajo*

No están sometidos a las disposiciones de la Ley del Trabajo ni de su Reglamento, los miembros de los cuerpos armados ni los funcionarios o empleados públicos. Así lo establece el artículo 6º de la Ley del Trabajo.

El aparte de ese mismo artículo de la Ley del Trabajo contempla especialmente el caso de los obreros que estén al servicio de la nación, los Estados y los municipios, y ordena que deberán ser objeto de legislación especial. El legislador eludió así el problema planteado en derecho administrativo sobre la calificación de esos trabajadores. En virtud de esa disposición, los trabajadores manuales al servicio de las mencionadas entidades públicas serán objeto de legislación especial. Aunque la ley no mencionó a los institutos autónomos, es lógico que esa disposición se extienda a los trabajadores ma-

nuales de dichos institutos. A pesar de que el precepto comentado data de 1944, hasta hoy no ha sido dictada la legislación especial prevista en él.

Mientras no se dicte dicha legislación, los trabajadores manuales al servicio del Estado (*latu sensu*) quedarán protegidos —según el aparte del artículo 6º— por las disposiciones de la Ley del Trabajo y de su Reglamento, en cuanto sean compatibles con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la administración pública. En consecuencia, los obreros al servicio del Estado gozarán de las disposiciones de la Ley del Trabajo y de su Reglamento que los protejan en su economía y su salud, tales como las normas relativas al contrato individual y colectivo de trabajo, a los días hábiles para el trabajo, a los riesgos profesionales, a la seguridad social y, por lo tanto, tendrán derecho a reclamar por la vía administrativa, y después de agotada ésta, por la vía judicial, las indemnizaciones que correspondan a la omisión de preavisos, antigüedad en el servicio, auxilio de cesantía, vacaciones no disfrutadas, horas extraordinarias, salarios retenidos, y las provenientes de los accidentes y de las enfermedades profesionales, y demás prestaciones similares. Esos obreros no tendrán, en cambio, el derecho a invocar las disposiciones de la ley en materia de conflictos colectivos, ni las que se refieren a la participación de los trabajadores en las utilidades líquidas de las empresas, ni las que establecen, en caso de infracción legal, sanciones pecuniarias o privativas de la libertad para los patronos.[7]

7. Rafael Caldera. *Derecho del Trabajo*. 2ª edición. T. I, pp. 248 y ss. El doctor Caldera fue miembro de la Comisión del Trabajo de la Cámara de Diputados que en 1944 redactó el artículo 6º de la Ley del Trabajo.

CAPITULO XXV

NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION PUBLICA

196. *Planteamiento de la cuestión*

Diversas teorías se han elaborado para explicar la naturaleza jurídica de la situación en que se hallan los funcionarios y empleados públicos frente al Estado.

Dichas teorías pueden reducirse a las siguientes: las que ven en la expresada situación vínculos derivados de un contrato de derecho civil; las teorías autoritarias que suponen un poder del Estado de imponer coactivamente a los particulares la obligación de prestar sus servicios personales a la administración; las que se basan en la distinción de los funcionarios de autoridad y los funcionarios de gestión; las que sustentan la idea del contrato de derecho público, como fuente de aquella relación; y, en fin, la teoría estatutaria.

Las doctrinas del contrato de derecho privado, las doctrinas políticas de carácter autoritario y, en fin, las que reposan sobre la distinción entre funcionarios de autoridad y gestión conservan sólo un valor histórico: pertenecen al pasado. Entre los autores modernos, los unos sustentan la idea del contrato de derecho público, y los otros, la concepción estatutaria.

197. *Teorías contractualistas de derecho privado*

Las primeras en aparecer fueron las teorías que consideraban aquel nexo como una relación contractual regida por el derecho civil.

Las teorías contractualistas de derecho privado sostienen que en las relaciones de función o empleo público existen todos los elementos esenciales requeridos para la formación de los contratos entre particulares: consentimiento de las partes, objeto y causa. Además, ven en dicha relación, el requisito de validez de los contratos; la capacidad de las partes.

El sometimiento de la relación de función pública al régimen de los contratos de derecho civil se explica por razones de doble orden: histórico y jurídico. De orden histórico, por haber sido los empleados, en tiempos del feudalismo y del Estado-policía, no servidores del Estado, sino del señor feudal o del rey; y de orden jurídico, porque en las épocas anteriores al siglo XIX, y aun durante gran parte de ese siglo, "el derecho público ha consistido en adaptaciones de "teorías civilistas", según expresa Gaston Jèze, quien agrega que "se creía poder resolver los problemas del derecho público por las soluciones jurídicas imaginadas para resolver las relaciones entre particulares".[1]

Entre las teorías civilistas, las más difundidas han sido la del arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*) y la del mandato.

Tanto en el acto de ingreso a la función pública, salvo el caso de función *ad honorem,* como en el contrato de arrendamiento de servicios, un individuo se obliga a prestar a otra persona su colaboración a cambio de una remuneración.

Los partidarios de la teoría del mandato observan que la relación de función o empleos públicos tiene su origen en el encargo dado por la Administración a un individuo, de realizar en nombre de aquélla, determinadas tareas públicas, lo que ofrece gran analogía con el mandato, que es un contrato por el cual una persona se obliga gratuitamente o mediante salario, a ejecutar uno o más negocios por cuenta de otra, que la ha encargado de ello.

Los autores modernos rechazan las explicaciones que tienen su origen en el derecho privado. Hay para ello varias razones. Por una parte, en los contratos de derecho privado domina la igualdad jurídica de las partes; en cambio, en las relaciones que ligan al funcionario o empleado con el Estado hay una manifiesta desigualdad entre aquéllos y éste, que encarna y representa intereses superiores. Además, las condiciones en que se ejercen las funciones públicas son fijadas unilateralmente por el Estado, mediante leyes o reglamen-

1. Jèze. *Los Principios Generales de Derecho Administrativo.* Prólogo de la segunda edición.

tos: no son el resultado de un acuerdo de voluntades. Finalmente, la renuncia del funcionario o empleado público no extingue por sí sola la relación existente entre ellos y la administración: es necesario para ello, la aceptación de la renuncia.

198. *Teorías políticas*

Las teorías políticas, de origen germano, son diametralmente opuestas a las teoría contractualistas de derecho privado. Según las teorías políticas, expuestas en Alemania a fines del siglo XVIII, bajo el régimen del Estado-policía, y sostenidas posteriormente por notables juristas de ese país, entre otros Blunstchli y Gönner, el gobernante tiene el derecho de satisfacer las necesidades públicas con la fuerza unida de todos sus súbditos; tiene, por ello, la potestad de imponer a éstos, aun sin el consentimiento de ellos, la obligación de servir al Estado. Así como puede establecer impuestos, el gobernante tiene el poder unilateral de incorporar los súbditos al ejercicio de la función pública. Si no se atribuye a las funciones o empleos públicos carácter obligatorio —sostienen los partidarios de esa teoría— se corre el riesgo de comprometer la existencia del Estado, pues en caso de negarse a aceptar los cargos los individuos designados, el Estado carecería del elemento humano indispensable para la realización de sus actividades. *"Servir al Estado es obedecer a una orden"*, es la fórmula autoritaria que resume las teorías políticas.

Se ha objetado a esas teorías que confunden "lo que podría ser con lo que es" (Orlando). Si en un momento dado los cargos públicos quedasen vacantes por la resistencia de los ciudadanos a ocuparlos, sería necesario afirmar el derecho del Estado a hacer obligatoria la prestación de servicios personales, tal como ocurre con el servicio militar y, en algunos países, con los cargos de miembros de jurados. Pero la realidad ha consistido siempre en que el número de individuos dispuestos a la aceptación de cargos públicos es superior al de éstos, por lo cual no es menester que el Estado recurra a medios coercitivos para proveerlos, sino por el contrario, en muchos casos tiene que acudir a procedimientos de selección entre los diversos aspirantes.

199. *Teoría basada en la distinción entre funcionarios de autoridad y funcionarios de gestión*

Algunos autores (principalmente Berthélemy) estimaron que no podía darse al problema planteado una solución uniforme, válida para todos los funcionarios, dada la diversa naturaleza de los actos realizados por éstos. Propusieron, pues, distinguir, entre los funcionarios de autoridad y los funcionarios de gestión, según que tuvieran facultad para verificar actos de autoridad, o que su competencia estuviera limitada a los actos de gestión. Aceptada esa distinción, los funcionarios de autoridad quedaban colocados en una situación legal o estatutaria y de derecho público, en tanto que los funcionarios de gestión quedaban ubicados en una situación contractual y de derecho privado, similar a la de los empleados de las empresas privadas.

En nuestros días, la tesis expuesta carece de adeptos, por efecto lógico del abandono de la distinción de los actos administrativos en actos de autoridad y de gestión, sobre la cual aquélla reposaba.

200. *Teoría del contrato de derecho público*

Los juristas alemanes Laband y Jellinek y el argentino Bielsa, entre otros, han sostenido que el vínculo que une al Estado y sus agentes es de naturaleza contractual, pero de derecho público. Según estos autores, la manifestación de voluntad del individuo que acepta un cargo público tiene valor jurídico igual a la manifestación volitiva de la autoridad o del grupo de electores que practicó su designación. El individuo designado es libre de aceptar o de rehusar la función o empleo. El Estado no puede hacer uso de medios coactivos para obligarle a aceptar. Esto demuestra —a juicio de los sostenedores de esa tesis— el carácter contractual de la relación, y siendo, como es, indispensable para la satisfacción de las necesidades colectivas, tiene la naturaleza especial de los contratos de derecho público. Esta última característica explica que el Estado fije unilateralmente las condiciones de admisión de sus funcionarios o empleados y, asimismo, los derechos y obligaciones que a éstos conciernen, y

que pueda modificarlos de igual modo cuando razones de interés general o de orden público lo exijan.[2]

201. *Teoría de la situación estatutaria*

Según la teoría de la situación objetiva o estatutaria, la relación existente entre el Estado y sus agentes no tiene carácter contractual ni emana tampoco de un acto coercitivo de los gobernantes.

Duguit sostiene que el funcionario está en una situación de derecho objetivo, o situación legal, ya que ninguno de los elementos del contrato existe en el nombramiento del funcionario, ni interviene ningún acuerdo entre el gobernante que nombra y el funcionario que es nombrado, acuerdo que tendría por objeto hacer nacer una relación de acreedor y de deudor y determinar la extensión y el alcance de esa relación. La situación del funcionario —enseña el mismo autor— está determinada por entero en la ley; las voluntades del que nombra y del que es nombrado no pueden de ninguna manera modificar esa situación y son completamente extrañas a su determinación. Agrega que no hay contrato sino cuando, por efecto de un acuerdo de voluntades, nace una situación subjetiva de acreedor y de deudor cuya extensión y alcance son fijados por el acuerdo; pero en el nombramiento de funcionarios no hay acuerdo de voluntades, y no nace de él una situación subjetiva de acreedor y de deudor, por lo que no existe contrato. El nombramiento de un funcionario no es un contrato, sino un acto objetivo; es ciertamente un acto plurilateral, que comprende dos actos de voluntad, pero no un contrato.[3]

Jèze explica que en Francia los funcionarios públicos (o, según la expresión usada por él, "los agentes propiamente dichos del servicio público") están en una *situación legal o reglamentaria,* lo que significa que el procedimiento del contrato no interviene en ningún momento, no es, pues, un contrato el que hace ingresar a los agentes en la administración; no es un contrato el que regula los derechos y obligaciones de los individuos empleados en el servicio público. No

2. Véase Bielsa, *ob. cit.,* tomo II, p. 45.
3. Duguit. *Droit Constitutionnel.* Tomo III, pp. 110 y ss., 124 y ss.

es tampoco un contrato el que fija la duración de las funciones y las condiciones para dejar el servicio público. Todo ello, así como las sanciones imponibles a los empleados por el incumplimiento de sus obligaciones, está regulado por leyes o reglamentos. De lo expuesto se desprende que el acto jurídico por el cual ingresa un individuo al servicio público es un *acto-condición,* es decir, que no tiene por efecto jurídico crear para un individuo una situación jurídica individual, sino investirlo de una situación legal o reglamentaria; y además, que el acto jurídico por el cual se organiza un servicio público, determinando asimismo los derechos y deberes de los agentes vinculados a ese servicio, es una ley o reglamento, es decir, un acto que crea una situación jurídica general e impersonal.[4]

En tales puntos de vista coincide Hauriou con los maestros de la escuela de Burdeos. Para aquél, el nombramiento de los funcionarios constituye una *decisión ejecutoria unilateral,* adoptada por la autoridad administrativa; y la aceptación del individuo en quien recae el nombramiento, es un acto de *adhesión a una requisición.*[5]

En Francia el artículo 5 del estatuto general de los funcionarios dictado el 5 de octubre de 1946, dispone que "el funcionario está en una situación estatutaria y reglamentaria". Esta disposición legal ha puesto término en dicho país a toda discusión sobre el particular, y destruido la idea sustentada por el Consejo de Estado, según la cual el funcionario está ligado a la Administración por un "contrato de función pública", esto es, que se hallaba en una situación contractual de derecho público.

202. *Nuestra posición*

Compartimos la idea de que los funcionarios y empleados públicos se encuentran en una situación estatutaria, esto es, de origen legal y reglamentario, y de derecho público.

No admitimos, pues, la idea de que entre el Estado y sus agentes existan vínculos contractuales, ni aun de derecho público. El contenido de los contratos —al menos, en parte— es el resultado del

4. Jèze. *Ob. cit.* Tomo II, pp. 268 y ss.
5. Hauriou. *Précis de Droit Administratif.* 11 ed., p. 592.

acuerdo de las voluntades entre los contratantes. Además, en todo contrato, aun en los llamados administrativos o de derecho público, existen cláusulas de contenido económico, que en caso de ser alteradas por la parte estatal, dan lugar a una reparación a favor del contratista. Nada de eso existe en la relación creada por el ingreso de los individuos a la función pública. El contenido de la situación del funcionario es fijado anticipadamente por la Constitución, las leyes y reglamentos. Los derechos y las obligaciones del funcionario pueden ser modificadas unilateralmente por el Estado, mediante reforma de la Constitución, o de las leyes y reglamentos, sin que el funcionario pueda alegar derechos adquiridos, ni reclamar indemnización alguna. Los sueldos pueden ser rebajados, ampliadas o disminuidas las atribuciones, reducido el período para el cual había sido designado el funcionario, o suprimido el cargo, y siempre que esas modificaciones se hagan por el órgano competente y según el procedimiento regular, mediante la reforma de la Constitución, la ley o el reglamento, según sea el caso, no podrán ser impugnadas con éxito por el agente agraviado, ni servir de base para el ejercicio de una acción en reparación de daños y perjuicios. El funcionario, en cambio, puede demandar ante el órgano jurisdiccional competente (entre nosotros, ante la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa) la nulidad de las resoluciones administrativas violatorias de las leyes y reglamentos que fijan las atribuciones, derechos y deberes de los funcionarios.

El acto de la designación de un funcionario (nombramiento o elección) no puede equipararse, pues, a un contrato. Todo acto de designación de un funcionario es, desde el punto de vista material, un acto atributivo de una situación general e impersonal, esto es, un acto-condición.

Por lo demás, salvo los casos excepcionales en que la ley impone a los particulares *cargas públicas,* como en el caso del servicio militar obligatorio, la situación legal del funcionario es voluntaria y no impuesta. Desde el punto de vista formal, el acto de la designación no es un acto-acuerdo, ni un acto unilateral puro y simple, sino un acto unilateral afectado de una condición resolutoria que

se realiza por la voluntad del funcionario y que consiste en la no aceptación de la designación. Por eso, el nombramiento es un acto válido aun con anterioridad a la aceptación; pero la negativa de la persona nombrada, produce la caducidad de ese acto.[6]

6. V. Bonnard. *Précis*. 4 ed., p. 451.

CAPITULO XXVI

EL INGRESO A LA FUNCION PUBLICA. DEBERES Y DERECHOS DE LOS AGENTES PUBLICOS. CESACION DE LAS FUNCIONES PUBLICAS

203. *Sistemas de designación*

En los tiempos modernos los sistemas que se utilizan en la designación de funcionarios o empleados públicos son el nombramiento, la elección y el sorteo.

"El nombramiento —escribe Villegas Basavilbaso— es la manifestación de una sola voluntad; la elección es la manifestación de varias voluntades; el sorteo es ajeno a la voluntad humana".[1]

Según Gaston Jèze y gran número de autores modernos, la naturaleza jurídica de la designación, sea nombramiento o elección, es siempre la de un acto-condición. El nombramiento y la elección son manifestaciones de voluntad que tienen por efecto jurídico investir a un individuo de un *status* legal. El sorteo es un hecho-condición que constituye la condición de aplicación a un individuo de un *status* legal.

204. *El nombramiento*

En principio, las personas investidas de la facultad de hacer nombramientos ejercen en esta materia un poder discrecional, esto es, disfrutan de la potestad de escoger libremente a los individuos para la provisión de los cargos públicos. Dicha potestad está sometida con frecuencia a ciertas limitaciones, lo cual varía de un país a otro, de acuerdo con la legislación.

Esas limitaciones pueden consistir: en la necesidad de un concurso previo; en el funcionamiento de escuelas de funcionarios; en

1. La elección es el nombramiento hecho por un grupo de inviduos, y el nombramiento propiamente dicho, el que es hecho por un solo individuo. (Duguit. *Ob. cit.* Volumen III, p. 119).

la necesidad de la propuesta o de la autorización, emanadas de otro órgano; en la presentación de una lista de candidatos por otra autoridad; y, en fin, en la institución obligatoria del ascenso.

El *concurso* es un procedimiento que tiene por objeto facilitar la escogencia de los individuos más capaces e idóneos para el desempeño de los cargos públicos. Los concursos pueden ser de credenciales, de oposición o mixtos. Los concursos de *credenciales,* llamados también de méritos, son aquellos en los cuales el jurado dicta su veredicto con vista de los títulos, trabajos realizados, actuaciones y, en general, antecedentes de cada uno de los aspirantes. En los concursos de *oposición* el jurado califica a cada uno de los aspirantes según el resultado de las pruebas efectuadas. En los concursos mixtos el jurado califica a un tiempo los antecedentes de cada aspirante y el resultado de las pruebas. Cuando la ley o el reglamento establecen la obligatoriedad del concurso para la provisión de un cargo, los poderes de la autoridad investida de la facultad de nombrar dejan de ser discrecionales y se convierten en reglados, porque entonces el nombramiento se hará según el veredicto del jurado.

Los concursos pueden ser de *presentación* y de *designación.* Los concursos de presentación tienen por objeto escoger para la provisión de cargos cierto número de candidatos capaces e idóneos, los cuales serán nombrados en el orden fijado por el resultado, en las oportunidades en que surja la necesidad. Los concursos de designación, por el contrario, tienen por objeto la provisión de un cargo determinado, al cual adquiere derecho el ganador.

En Venezuela se utiliza el procedimiento del concurso mixto, de credenciales y de oposición a un tiempo, para la provisión de cargos docentes en la Universidad Central, según el Reglamento respectivo, dictado por el Consejo Universitario de acuerdo con la Ley de Universidades. La Ley del Personal del Servicio Exterior (art. 13) dispone que el ingreso a la carrera se hará mediante los concursos de oposición que para tal fin abrirá periódicamente la Cancillería, para llenar las vacantes que ocurran en los cargos de la sexta categoría (terceros Secretarios y Vicecónsules).

Como medio de asegurar el Estado las aptitudes de los individuos que han de ejercer funciones públicas, se han creado en algunos países escuelas especiales para la preparación de funcionarios. Así, en Francia se creó en 1945 la Escuela Nacional de Administración, encargada de la formación de los funcionarios que se designan para el Consejo de Estado, la Corte de Cuentas, las carreras diplomática o prefectural, la inspección general de la hacienda pública y otros servicios. Entre nosotros, los cargos militares se confían a los egresados de los institutos militares creados y sostenidos por el Estado para la preparación de los oficiales de las distintas armas.

En los casos en que la autoridad calificada para hacer el nombramiento está obligada a esperar la propuesta de otra autoridad, aquélla puede rechazar el candidato que le haya sido propuesto, y abstenerse de hacer el nombramiento hasta que le sea presentado un candidato que a su juicio no ofrezca inconvenientes.

En Venezuela, los nombramientos de Procurador General de la República y de jefes de misiones diplomáticas permanentes (Embajadores y Ministros Plenipotenciarios) corresponden al Presidente de la República; pero antes de hacer esos nombramientos, debe solicitar y obtener la autorización del Senado o de la Comisión Delegada del Congreso.

En algunas ocasiones la Ley dispone que la autoridad calificada para hacer el nombramiento debe escoger de una lista presentada por otro órgano. Por ejemplo, conforme a la Ley Orgánica del Distrito Federal, corresponde al Gobernador el nombramiento de Administrador de Rentas Municipales, de una terna que forme el Concejo Municipal.

En los países donde rigen leyes de carrera administrativa generalmente está consagrado, entre los derechos del funcionario, el del *ascenso,* lo que obliga al jerarca a llenar mediante ascensos las vacantes que ocurran.

En Venezuela el Presidente de la República ejerce discrecionalmente conforme a la Constitución, las facultades de nombrar y remover los Ministros y los Gobernadores de Estados, del Distrito

Federal y de los Territorios Federales. La facultad de nombrar los demás funcionarios y empleados nacionales cuya designación no esté atribuida a otra autoridad corresponde al Presidente de la República ejercerla "conforme a la ley", según los términos de la Constitución, lo que indica que es susceptible de ser condicionada por la Ley.

205. *La elección*

En el procedimento de elección, la designación corresponde a un grupo de individuos, y no a uno solo: al cuerpo electoral, asamblea o colegio. En Venezuela, conforme a la Constitución en vigor, el Presidente de la República, los senadores y diputados al Congreso y los miembros de las Asambleas Legislativas de los Estados son designados por elección popular; los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Contralor General y el Fiscal son elegidos por el Congreso. De acuerdo con las Constituciones de los Estados, los procuradores generales de los mismos son elegidos por las Asambleas Legislativas.

206. *El sorteo*

En el procedimiento del sorteo, no es la voluntad humana sino la suerte la que decide acerca de la designación por hacer. Algunas veces el sorteo es un medio legalmente instituido para obtener el desempate en una elección confiada a una asamblea. Por ejemplo, cuando en Venezuela, conforme a la Constitución de 1936, la elección de senadores era practicada por las Asambleas Legislativas de los Estados, y la de los diputados por las Asambleas de todos los Concejos Municipales del respectivo Estado, la Ley de elecciones disponía que en casos de empate, se decidiría por la suerte entre los dos candidatos que hubieren obtenido mayor número de votos. Hoy se utiliza este procedimiento, conforme a la Ley de Servicio Militar, para escoger los ciudadanos que han de formar el contingente ordinario anual para las fuerzas activas del Ejército y de la Armada.

207. *Condiciones personales para el ejercicio de cargos públicos*

En principio, todos los venezolanos tienen acceso a los cargos públicos. La Constitución, en su preámbulo, consagra el principio de la igualdad social y jurídica, sin discriminaciones derivadas de la raza, el sexo, el credo o condición social, disposición esta última reiterada en el artículo 61 de la propia Constitución. Por otra parte, el artículo 112 de la misma Constitución declara que son elegibles y aptos para el desempeño de funciones públicas los electores que sepan leer y escribir, mayores de veintiún años, sin más restricciones que las establecidas en la Constitución y las derivadas de las condiciones de aptitud que, para el ejercicio de determinados cargos, exijan las leyes. Ya en el artículo 111 *ejusdem* se dispone que son electores todos los venezolanos que hayan cumplido dieciocho años de edad y no estén sujetos a interdicción civil ni inhabilitación política.

En síntesis, son aptos para el desempeño de funciones públicas todos los venezolanos mayores de veintiún años de edad, no sujetos a interdicción civil ni inhabilitación política, que sepan leer y escribir, sin más restricciones que las establecidas en la Constitución y las derivadas de las condiciones de aptitud que, para el ejercicio de determinados cargos, exijan las leyes. Examinemos esas restricciones y condiciones:

Nacionalidad: En principio, el derecho a ser elegido para el desempeño de funciones públicas es exclusivo de los venezolanos. Esto concuerda con el precepto constitucional según el cual los derechos políticos son privativos de los venezolanos. Tales normas guardan plena conformidad con la disposición tradicional de la Ley de Extranjeros según la cual los extranjeros no pueden desempeñar empleos públicos. Sin embargo, la misma Ley de Extranjeros autoriza al Poder Ejecutivo para admitir extranjeros al servicio de la República en los ramos de beneficencia e higiene pública, enseñanza civil o militar, y en cargos de ingenieros o mecánicos de los diversos astilleros de la marina nacional.

Capacidad legal: No son aptos para el desempeño de cargos públicos los individuos sujetos a interdicción civil o inhabilitación

política. La interdicción civil puede provenir de defecto intelectual o de condena penal. Según el Código Civil, el mayor de edad y el menor emancipado que se encuentren en *estado habitual de defecto intelectual* que los haga incapaces para proveer a sus propios intereses, serán sometidos a interdición, aunque tengan intervalos lúcidos. Según el Código Penal, todo individuo condenado a pena de presidio sufre interdicción civil como pena accesoria, por el tiempo de la condena. El entredicho, ya sea por defecto intelectual o por condena a presidio, queda sujeto a tutela. Por otra parte, el que sea condenado a pena de presidio o de prisión, sufrirá como pena accesoria a la inhabilitación política durante el tiempo de la condena. Finalmente, la inhabilitación para desempeñar funciones o empleos públicos, puede resultar, además, de una sentencia condenatoria dictada en juicio por enriquecimiento ilícito, caso en el cual la inhabilitación será por tiempo de uno a cinco años, a juicio del Tribunal. (Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, art. 44).

Edad: La edad mínima requerida por la Constitución para el desempeño de funciones públicas es la de veintiún años, la misma exigida en el Código Civil para reconocer a los individuos capacidad para los actos de la vida civil. La misma Constitución exige la edad de veintiún años cumplidos como requisito esencial para ser elegido diputado al Congreso. Para la elección o nombramiento de algunos altos funcionarios, que después se expresan, la Constitución requiere ser mayor de treinta años.

Grado de instrucción: El ciudadano que no sepa leer y escribir no puede ser designado para el desempeño de funciones públicas. Es el requisito mínimo exigido por la Constitución en lo que respecta al grado de instrucción. Las leyes pueden, además, exigir otros requisitos demostrativos de la aptitud para el ejercicio de determinados cargos.

Fuera de las limitaciones derivadas de las condiciones de aptitud, las leyes no pueden agregar restricciones a las impuestas por la Constitución, para el acceso de los venezolanos a los cargos públicos. La Constitución requiere, para ser elegido Presidente de la República, que el aspirante sea venezolano por nacimiento, de

estado seglar y mayor de treinta años; para ser Magistrado de la Corte Suprema, Fiscal General de la República o Procurador General de la misma, se requiere ser venezolano por nacimiento, abogado y mayor de treinta años, y agrega la Constitución que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia podrá exigir, además de esas condiciones, para ser elegido Magistrado de la misma, el ejercicio de la profesión de abogado, de la judicatura o del profesorado universitario en materia jurídica por determinado tiempo. El Contralor debe ser venezolano por nacimiento, mayor de treinta años y de estado seglar.

208. *Requisitos previos a la toma de posesión del cargo*

Para el ejercicio de ciertos cargos públicos, la ley requiere la constitución de garantías para responder por los perjuicios que puedan provenir de la actuación del agente. Otro requisito previo al ejercicio de toda función pública es la prestación del juramento.

La Caución: La Ley Orgánica de la Hacienda Nacional dispone que el Tesorero Nacional, los agentes del Tesoro, los cajeros y sus adjuntos, y en general, todos los empleados que tengan a su cargo la administración y liquidación de rentas nacionales, la administración y custodia de bienes y materiales de la nación, la dirección de establecimientos industriales de la nación o la recepción, custodia y manejo de fondos públicos y de especies fiscales, deben prestar caución antes de entrar en ejercicio de sus funciones. La caución se constituye para responder de las cantidades y bienes que manejen dichos empleados y de los perjuicios que puedan sobrevenir a la nación por falta de cumplimiento de sus deberes o por negligencia o impericia en el desempño de sus funciones. La caución puede consistir: en el depósito de una suma igual al monto de la caución en una Oficina de la Tesorería; en una hipoteca de primer grado o prenda sobre bienes cuyo valor ha de alcanzar, por lo menos, al doble de la suma por la cual se otorga la caución; en prenda sobre títulos de la deuda pública, depositados en una Oficina de la Tesorería; en fianza, constituida por documento-auténtico. Los funcionarios y empleados que intervienen en la administración y manejo del patrimonio de los institutos au-

tónomos se consideran empleados de hacienda, salvo disposiciones de leyes especiales; por lo tanto, dichos funcionarios y empleados están obligados, antes de entrar en ejercicio de sus funciones, a prestar la caución.

La Ley de Registro Público impone como requisito para tomar posesión de sus cargos los Registradores Principales y Subalternos, la de prestar caución para responder de los perjuicios que puedan sobrevenir a la nación o a los particulares por faltas de los Registradores o por negligencia o impericia en el desempeño de sus funciones, asimismo para asegurar el pago de las multas que les imponga el Ejecutivo Nacional. Esta caución puede consistir en una fianza, hipoteca, prenda o depósito de suma de dinero.

El Juramento: Conforme a la Ley de Juramento, ningún empleado podrá entrar en ejercicio de sus funciones sin haber prestado el juramento de sostener y defender la Constitución y leyes de la República y de cumplir fiel y exactamente los deberes de su empleo. El Presidente de la República —según la Constitución— prestará juramento ante las Cámaras reunidas en sesión conjunta; y si por cualquier circunstancia no pudiere hacerlo ante dichas Cámaras, lo hará ante la Corte Suprema de Justicia. Los presidentes de las Cámaras prestarán el juramento ante las respectivas Corporaciones, y los miembros de éstas, lo harán ante su Presidente. Los Ministros del Despacho y el Gobernador del Distrito Federal prestarán el juramento ante el Presidente de la República. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General y el Contralor General prestarán juramento ante las Cámaras reunidas en sesión conjunta. Dispone la ley que los empleados nacionales no mencionados especialmente prestarán juramento ante la autoridad que haya hecho la elección o nombramiento o ante la que ésta comisione. Por eso, los jueces prestan juramento ante la Corte Suprema de Justicia o ante el funcionario que ella designe; y los funcionarios nombrados por resoluciones ministeriales prestan juramento ante el Ministro respectivo o ante el delegado que él nombre al efecto.

209. *La toma de posesión*

La toma de posesión del cargo, o sea, la instalación, señala el momento en que el individuo designado para el desempeño de una función pública llega a ser funcionario. Es la conocida opinión de Duguit: "Estimo que la solución mejor es considerar al individuo nombrado como investido de su función solamente en el momento en que toma posesión por la instalación". Algunas veces el acto del juramento coincide con la toma de posesión: tal es el caso del ciudadano electo Presidente de la República, que en el propio momento en que presta la promesa legal, asume su alto cargo. Frecuentemente media un intervalo entre ambos actos: es el caso de individuos designados por el Ejecutivo Nacional para desempeñar cargos en lugares distantes de la capital de la República, ya en el interior de ésta, ya en el exterior, pues prestan juramento ante el Ministro que los ha designado, en Caracas, y la toma de posesión no se podrá efectuar sino en el lugar donde han de ejercer sus funciones. Según la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, el empleado de Hacienda que ha sido reemplazado *devenga el sueldo hasta que tome posesión el sustituto.* Conforme al artículo 44 de la Ley del Personal del Servicio exterior, los sueldos y asignaciones en el exterior serán pagados por mensualidades vencidas *a partir del día de la toma de posesión del cargo.* En tesis general compartimos la opinión del doctor Gonzalo Pérez Luciani, según la cual "en nuestra legislación la persona queda investida del cargo público en el momento en que toma posesión de él". (G. Pérez Luciani. *El Funcionario Público.* Tesis de Doctorado).

210. *Deberes de los funcionarios y empleados*

Los deberes principales de los funcionarios y empleados públicos son: fidelidad, obediencia, dedicación al cargo, guarda del secreto, residencia y declaraciones juradas de patrimonio.

El deber de fidelidad o de lealtad es una obligación de carácter moral para con la nación, la Constitución y la ley. No implica fidelidad a un partido ni a sus conductores. Por eso, la Constitución proclama: "Los empleados públicos están al servicio del

Estado y no de parcialidad política alguna". En el mismo sentido escribe Jèze que si se admitiera que los agentes públicos tienen obligación funcional de afirmar su lealtad personal al Jefe del Estado, tal doctrina estaría "en contradicción con el principio objetivo, impersonal, del funcionamiento de los servicios públicos".[2]

Los funcionarios y empleados públicos tienen la obligación de ejecutar las órdenes que reciben de sus superiores jerárquicos. El *deber de obediencia* es indispensable en toda organización administrativa; es la garantía de la unidad de acción necesaria para la buena marcha de los servicios.

Los autores modernos en general están de acuerdo en que el deber de obediencia a las órdenes recibidas no es absoluto; pero son diferentes las teorías que tratan de fijar sus límites.

Según las ideas de Kelsen y Merkl, el subordinado está en el deber de obedecer a la ley y no a la orden contraria a la ley. Merkl enseña: "Frente al acto administrativo vicioso el órgano y el súbdito no se hallan únicamente ante la alternativa de si deben o no obedecer este acto, sino que se enfrentan con una alternativa más dolorosa: si obedecerán a la ley, o al acto administrativo que no se halla de acuerdo con ella. Y no cabe duda de que en la alternativa *habrá que decidirse por la norma superior*".[3]

Otto Mayer enseña que el superior jerárquico no puede, en virtud del vínculo de sujeción, ordenar arbitrariamente, pues su derecho de mandar tiene ciertos límites dentro de los cuales debe mantenerse para ser ejercido válidamente; y que el subordinado tiene el derecho de *examinar* la orden antes de obedecer, para ver si esos límites han sido observados o no, ya que ellos son al mismo tiempo, *los límites del deber de obediencia*". El mismo autor agrega que para que exista el deber de obediencia en el subordinado, es necesario que la orden se presente exteriormente bajo la forma de una orden jerárquica para ese subordinado, para lo cual es necesario que *emane de su superior,* y que se refiera a la *conducta del servicio,* es decir, que prescriba algo comprendido en la obligación

2. Jèze. *Principios Generales del Derecho Administrativo.* Editorial Depalma. T. III, p. 98.
3. Adolfo Merkl, *Teoría General,* p. 263.

de servir. Conforme a ese punto de vista, Mayer excluye del deber de obediencia las actividades, que por su naturaleza, están completamente fuera del ámbito de los asuntos cuya gestión compete al obligado o que sólo se exigen en interés personal del superior; tampoco los actos de la vida privada del subordinado pueden ser objeto de una orden; y ante todo, el límite del deber de obediencia está fijado por la ley penal: un acto por el cual el obligado incurriese en delito no puede caber jamás dentro de su obligación de servir.[4]

No dudamos que, en principio, el subalterno debe acatamiento a la ley antes que a las órdenes de su superior. La dificultad está en que si se admite que el subalterno puede rechazar la orden ilegal, se acepta que se convierta en juez de la legalidad o de la ilegalidad de las órdenes de sus superiores, lo que vendría a ser la negación misma de la jerarquía. Por eso, los autores más recientes se inclinan por negar al funcionario el derecho de erigirse en juez de la legalidad de las órdenes de sus superiores; sólo en el caso de que la ilegalidad de la orden sea evidente, se acepta que el funcionario subalterno no debe obedecerla, y que si la obedece, incurre en sanciones disciplinarias, y quizás también penales".[5] En realidad, en los casos en que la orden emanada del superior constituya una violación flagrante de la ley o envuelva a todas luces la comisión de un delito, el subalterno tiene el derecho y aun el deber, de resistirse a darle cumplimiento. El funcionario tiene, en síntesis, el deber de desobedecer la orden *manifiestamente ilegal.*

El deber de *dedicación al cargo se impone,* no a los funcionarios *ad honorem,* sino a los agentes públicos remunerados, aquellos que un sector de la doctrina italiana denomina "emp'eados" y "funcionario-empleados", caracterizados por la profesionalidad. En principio, el agente público remunerado tiene la obligación de dedicar de manera exclusiva su actividad al cargo público que desempeña; como consecuencia de este principio, el empleado público no debe atender otras tareas, públicas o privadas, distintas de su

4. Otto Mayer. Tomo IV, pp. 68 y 69.
5. Véase Waline. *Droit Administratif.* Octava edición. Número 1.417.

empleo, salvo aquellas que no dañen la realización de las labores de su empleo. El artículo 123 de la Constitución venezolana dispone, en concordancia con tal principio, que "nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales, docentes, edilicios o electorales que determine la ley. La aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados en ese artículo implica la renuncia del primero..."

Los funcionarios y empleados públicos tienen el deber de *guardar secreto* respecto de todos los hechos o actos de que se enteren en el desempeño de sus funciones y cuya divulgación pueda perjudicar a la administración. Tiene relación con este deber de los agentes públicos la disposición del Estatuto de Ministerios que prohibe a los empleados dependientes de los Despachos ejecutivos conservar para sí papel alguno de los archivos, ni tomar copia de ellos, sin la previa autorización del Ministerio respectivo; y que igualmente les prohibe revelar el secreto debido sobre los negocios o asuntos que se tramiten en sus respectivas oficinas. Los infractores de esas disposiciones son sancionados con penas disciplinarias (amonestación y destitución), sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiere lugar. Acerca de las responsabilidades de este tipo conviene advertir que el artículo 134 del Código Penal sanciona con pena de presidio de cinco a ocho años a cualquiera que, indebidamente y con perjuicio de la República, haya revelado los secretos políticos y militares concernientes a la seguridad de Venezuela, bien sea comunicando o publicando los documentos, datos, dibujos, planos u otras informaciones relativas al material, fortificaciones u operaciones militares, bien sea diafanizando de otra manera su conocimiento; y el artículo 136 del mismo Código castiga con pena de prisión a los empleados públicos que, estando en posesión de los dibujos, planos o documentos, o en conocimiento de los secretos, hayan causado por negligencia o imprudencia, la divulgación de tales secretos.

Como consecuencia del deber de dedicación al cargo, existe *el deber de residencia,* esto es, la obligación de los agentes públicos de fijar su residencia en el lugar donde ejerzan sus funciones. En

Venezuela el único texto legal que consagra esta obligación es el artículo 43 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual los jueces están en el deber de residir donde ejerzan sus funciones, o por lo menos, dentro de un radio de quince kilómetros del despacho del tribunal.

La obligación de hacer *declaraciones juradas de bienes* debe cumplirse en dos oportunidades: dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo, y dentro de ese mismo espacio de tiempo, después de la cesación de las funciones del empleado o funcionario. La Ley contra el Enriquecimiento Ilítico de Funcionarios o Empleados Públicos dispone que esas declaraciones deberán ser formuladas ante un tribunal, legación o consulado, y remitidas a la Contraloría, dentro del término indicado. Las declaraciones patrimoniales, que comprenderán el activo y el pasivo del funcionario o empleado y de su cónyuge, serán archivadas y clasificadas en casilleros especiales de la Contraloría. La finalidad de esas declaraciones es la de contribuir a evitar el enriquecimiento ilícito, y en caso de que éste ocurra, facilitar los trabajos de la Comisión Investigadora.

211. *Derechos de los funcionarios y empleados*

No existe en nuestro país una ley que consagre claramente los derechos del agente público. El artículo 122 de la Constitución dispone que la ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social; pero la ley de carrera administrativa no ha sido dictada todavía. Sobre el particular rige en la actualidad un reglamento autónomo dictado por el Presidente de la República, con anterioridad a la promulgación de la Constitución: es el Reglamento de Administración de Personal para los servidores del Gobierno Nacional, de fecha 14 de noviembre de 1960, el cual consagra ciertas normas sobre estabilidad y ascenso, que después mencionaremos, aplicables a los empleados subalternos de los Ministerios e institutos autónomos.

La doctrina reconoce como derechos de los agentes públicos, los siguientes: el derecho al empleo o función pública; el derecho al ascenso, el derecho al sueldo, y el derecho a la jubilación.

Los individuos designados para el desempeño de una función pública con plazo determinado en la Constitución o en la ley, tienen un *derecho a la función o empleo* por el tiempo definido institucionalmente. Es el caso del Presidente de la República, de los miembros del Congreso, de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Contralor y del Fiscal General, de los rectores y decanos de las Universidades Nacionales. No pasa lo mismo con los ministros del Despacho, ni con los directores de Ministerios, cuyos cargos son de duración indeterminada y, por lo tanto, de libre remoción por el Poder Ejecutivo. Los profesores y maestros de los planteles oficiales tienen el derecho a la conservación de sus cargos, pues la ley les reconoce estabilidad, por lo cual no podrán ser separados sino por causas legítimas. El Reglamento de Administración de Personal para los servidores del Gobierno Nacional, anteriormente citado, reconoce estabilidad en el servicio público a todo empleado regular que haya ingresado al servicio mediante el proceso selectivo señalado en el mismo (exámenes o evaluaciones orales o escritas). En tal caso, el empleado sólo podrá ser separado por los motivos taxativamente enumerados en dicho Reglamento. Los jueces, según la Constitución, no podrán ser removidos ni suspendidos en el ejercicio de sus funciones sino en los casos y mediante el procedimiento que determine la ley. La inamovilidad de los jueces es la garantía de la independencia del Poder Judicial. El derecho del agente público a la conservación del cargo no es un derecho perfecto, porque debe ceder ante el interés general, o lo que así consideren los cuerpos legislativos. Siempre existe la posibilidad de que mediante una reforma constitucional o un cambio en la legislación ordinaria se suprima el cargo o se reduzca el período, para el que había sido designado el funcionario o empleado.

El derecho al ascenso no puede servir de fundamento para una reclamación ante un órgano jurisdiccional, porque la ley "no crea derechos subjetivos para candidatos aun con derecho a ascenso",

como enseña Bielsa. Existe siempre un margen de potestad discrecional en la autoridad superior, encargada de disponer el ascenso, que para éste tomará en consideración numerosas circunstancias, tales como la antigüedad, la capacidad, la cultura, la consagración al servicio, etc.... En Venezuela, según el Reglamento de Administración de Personal antes citado, al ocurrir una vacante entre los empleados sometidos a dicho Reglamento, será cubierta con uno de los aspirantes elegibles de una terna certificada por el Jefe de Personal de acuerdo con un orden de prioridades fijado en el mismo Reglamento. Los ascensos previstos en la Ley Orgánica del Ejército y la Armada, fundados en la antigüedad y el mérito, significan ascenso en los "grados", no en los cargos. Igualmente los ascensos contemplados en el escalafón del personal docente de las Universidades Nacionales, se concretan a la jerarquía de dicho personal, no a los cargos. La Ley de Personal del Servicio Exterior requiere para el ascenso de una categoría a la inmediata superior, determinados años de servicios, más méritos suficientes, apreciados por una Junta Calificadora.

Con excepción de los funcionarios *ad honorem,* los agentes públicos *tienen derecho al sueldo,* o sea, la retribución en dinero que aquéllos reciben del Estado a cambio de los servicios personales a la administración. El sueldo no tiene carácter contractual, sino estatutario. Por eso, aun cuando corresponda a agentes designados por un lapso determinado, el sueldo puede siempre ser modificado por la Ley, sin que esa modificación pueda ser impugnada por los agentes públicos que resulten agraviados, a menos que exista texto expreso en sentido contrario. Por ejemplo, en Venezuela, en lo tocante a los sueldos de los jueces, dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 13), que no podrán disminuirse durante el período constitucional para el cual fueron designados, de manera que la disminución perjudique a los que están ejerciendo estos cargos, salvo que se trate de una medida de carácter general aplicable también a las demás ramas del poder público. En todo caso, la rebaja o reducción de los sueldos sólo puede tener efectos para lo porvenir; no puede afectar los sueldos ya devengados, aunque no hayan sido pagados. Los sueldos devengados tienen el carácter

de derechos adquiridos, esto es, de créditos intangibles y, por consiguiente, para hacerlos efectivos, el agente puede intentar una acción judicial contra la administración. Según antes se dijo, el derecho a percibir el sueldo comienza el día de la toma de posesión del cargo; antes de esa fecha, carecería de causa.

La jubilación es el derecho del funcionario o empleado público de obtener de la administración, en determinadas condiciones legales, le continúe pagando el sueldo o una parte del mismo, después de haber cesado en sus funciones, por razones de edad o inhabilidad física o por haber servido durante cierto número de años. En Venezuela las cuestiones que plantea la jubilación del personal de la administración están regidas, salvo disposiciones especiales, por el artículo 39 de la Ley de Pensiones de fecha 13 de julio de 1928, todavía en vigor. Conforme a la citada disposición, toda persona que hubiere prestado servicios civiles en una o varias ramas de la Administración Nacional durante treinta años consecutivos o por un total de cuarenta años no consecutivos, pero con interrupciones no mayores de un año, tendrá derecho a retirarse del servicio y gozar de una pensión proporcional al cargo más alto que hubiere desempeñado durante cinco años consecutivos. La ley toma en cuenta única y exclusivamente la antigüedad en el servicio; no la edad del agente ni la inhabilitación del mismo antes del vencimiento y de los términos expresados.

Según la Ley del Personal del Servicio Exterior (art. 48), a los veinticinco años de servicios los funcionarios de carrera tienen derecho a retirarse con el goce de una pensión vitalicia equivalente al dos y medio por ciento del sueldo último por cada año de servicio. La misma ley (art. 49) dispone que a los setenta años de edad o cuarenta de antigüedad en el servicio, los funcionarios de carrera pasarán al retiro con goce de jubilación proporcional al tiempo actuado.

La Ley de Educación dispone que las jubilaciones y pensiones de los maestros y profesores al servicio de la educación oficial estarán a cargo del Instituto Nacional de Seguridad Social; y que mientras se establece dicha institución, el Estado asumirá el pago de las jubilaciones y pensiones en las condiciones siguientes: los

maestros y profesores adquirirán el derecho de *jubilación* a los veinticinco años de servicios en la educación oficial, con excepción de quienes hayan servido en el medio rural, que lo obtendrán después de veinte años de servicios; si cumplidos los cinco años de servicios sufrieren incapacidad absoluta y permanente para la actividad docente, gozarán de *pensión*.

La Ley de Universidades (art. 90) consagra el derecho a la jubilación de los miembros del personal docente y de investigación de las Universidades Nacionales que hayan cumplido veinte años de servicio y tengan sesenta o más años de edad, o aquellos de cualquier edad que hayan cumplido veinticinco años de servicios. Si después del décimo año de servicio llegaren a inhabilitarse en forma permanente tendrán derecho a la jubilación, cuyo monto comprenderá tantos veinticincoavos de sueldo como años de servicio hayan cumplido.

Conforme a la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, los oficiales que cesen en la actividad tendrán derecho a pensiones de disponibilidad, de retiro y de invalidez.

La doctrina administrativa distingue la jubilación de la pensión. La primera, como hemos apuntado, corresponde al agente público separado del cargo; la segunda, a determinados deudos del agente público fallecido después de jubilado, o con derecho a la jubilación. Nuestra legislación emplea generalmente para ambos casos el vocablo "pensión", aunque algunas veces utiliza para el primero, el término "jubilación".

Dispone la Ley de Pensiones (art. 40) que en caso de muerte del autor de los servicios, la pensión, o el derecho a reclamarla, si aquél no lo hubiere hecho, pasará, disminuida en un veinticinco por ciento, a las personas que a continuación se expresan, y en el orden que se indica: 1º) La viuda; 2º) Los hijos varones menores de edad junto con las hijas solteras o viudas de cualquier edad, y también las hijas divorciadas de cualquier edad, siempre que no hayan dado causa al divorcio, todos legítimos o legitimados; 3º) La madre legítima, mientras permanezca casada con el padre del causante o en estado de viudez. A falta de las personas expresadas,

es potestativo del Ejecutivo acordar la pensión a los nietos del agente público fallecido.

En cuanto a los deudos de los oficiales de las Fuerzas Armadas, la Ley Orgánica respectiva les reconoce el derecho a una pensión de montepío que se distribuirá así: la mitad para la viuda, y la otra mitad, para los hijos varones menores de diecinueve años, y para las hembras, mientras permanezcan solteras.

212. *Cesación en el cargo público*

La relación existente entre la administración y los agentes públicos cesa definitivamente por voluntad del agente, o bien, por decisión de la administración, de los cuerpos legislativos o jurisdiccionales y, en fin, por ciertos hechos, extraños a toda voluntad humana.

La dimisión o renuncia es la manifestación unilateral del agente público, mediante la cual expresa su voluntad de separarse definitivamente del cargo que ejerce. No pueden renunciarse los cargos de aceptación forzosa. La renuncia, para producir efectos, debe ser aceptada. El agente público tiene la facultad de retirar su renuncia en cualquier momento mientras la aceptación no se haya producido. Mientras no se haya aceptado la renuncia e instalado en el cargo el sucesor, el renunciante continúa investido de las facultades inherentes al cargo, y está obligado al cumplimiento de los deberes correlativos. Salvo disposición expresa de la ley la autoridad calificada para conocer de la renuncia y aceptarla es la misma que tiene la potestad para hacer el nombramiento respectivo.

La renuncia puede ser *tácita.* En este caso, puede consistir en la inasistencia reiterada e injustificada, o bien, en la aceptación de un segundo destino público remunerado, que implica la renuncia del primero, según el artículo 123 de la Constitución.

La destitución es la manifestación unilateral de voluntad de la administración mediante la cual el agente queda definitivamente separado del cargo. La facultad de destituir puede ser discrecional o reglada. Es discrecional cuando la autoridad competente para

destituir puede ejercer esta potestad a su prudente arbitrio, por los motivos que estime convenientes, sin obligación alguna de razonar su decisión. Es reglada cuando sólo puede ejercerse, fundada la resolución en alguna de las causas determinadas en la Ley, y después de cumplidos los trámites del procedimiento legal establecido a ese efecto.

La supresión del cargo público separa definitivamente al agente que lo desempeñaba, de la administración. La facultad ordinaria de los órganos legislativos, y excepcional del Poder Ejecutivo, de suprimir cargos públicos, instituida con vista del interés general de la comunidad, no puede ceder ante el interés particular del funcionario o empleado. La supresión del cargo, para ser lícita, debe fundarse en razones de interés general, tales como la necesidad de una reorganización del servicio, o la de hacer economías, y no debe consistir en un simple cambio de denominación hecho con la finalidad de desalojar del servicio al titular del cargo.

La relación entre el agente y la administración puede cesar *por sentencia de un órgano jurisdiccional,* ya sea cuando éste declare la nulidad del nombramiento o elección, por irregularidad jurídica, o bien, cuando los jueces penales condenan a un individuo a la pena de destitución de empleo, que produce como efecto la separación de él, del penado, sin poder ejercerlo otra vez sino por nueva elección o nombramiento y, en fin, en caso de ser condenado el agente a las penas de presidio o prisión, las cuales llevan como pena accesoria la inhabilitación política, que produce como efecto la privación de los cargos o empleos públicos o políticos que tenga el penado.

La expiración del término legal fijado para el desempeño del cargo produce la cesación de las funciones del agente público. Gaston Jèze enseña que "en principio, el agente público investido de una función por un período determinado, queda automáticamente desinvestido de ella, una vez expirado el plazo fijado por la Ley". Admite el citado autor que existen casos excepcionales en que la desinvestidura de una función temporaria no se produce de pleno derecho al expirar el período legal, excepciones que se refieren a las funciones temporarias no electivas y, más particularmente a las

funciones temporarias que representan cargas para quienes están investidas de ellas. Casi todos los tratadistas hispanoamericanos acogen el parecer de Jèze. No compartimos tan respetable opinión. A nuestro modo de ver, a falta de una disposición legal expresa, los funcionarios o empleados designados por un período determinado, aun después de la expiración del término legal, dada la necesidad de asegurar la continuidad de los servicios públicos, conservan su investidura y están en el deber de proseguir cumpliendo sus obligaciones oficiales hasta que sean sustituidos legalmente. En lo que respecta al vencimiento del período presidencial, la Constitución venezolana prevé la posibilidad de que haya demora en la toma de posesión del Persidente electo dentro del término previsto, y dispone para ese caso, que el Presidente saliente resigne sus poderes ante el Presidente del Congreso, a falta de éste, en el Vicepresidente del mismo, y en su defecto, en el Presidente de la Corte Suprema de Justicia (artículos 186 y 187 de la Constitución).

Cesan también las funciones del agente público por la llegada al *límite de edad* fijado en la Ley. Entre nosotros, los oficiales de las fuerzas armadas tienen señalados para el servicio activo, límites de edad, variables según el grado obtenido; y el Reglamento de Administración de Personal para los servidores del Gobierno Nacional, señala en sesenta y cinco años el límite de edad para los empleados y en sesenta para las empleadas.

El *fallecimiento del agente público* pone fin a la relación funcional. El ejercicio de funciones públicas tiene un carácter eminentemente personal, no trasmisible a los herederos. No existen en nuestro orden jurídico cargos hereditarios.

CAPITULO XXVII

LOS FUNCIONARIOS DE HECHO

213. *Funcionarios de derecho y funcionarios de hecho*

Funcionario de derecho *o de jure* es todo aquel individuo que, habiendo sido regularmente designado para una función pública por el órgano competente, ha tomado posesión, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para el ejercicio del cargo.

Se ha dicho que el funcionario *de jure* "es aquel que tiene un título legal y está investido con la insignia, el poder y la autoridad del cargo".[1]

También se ha dado la siguiente definición: "El funcionario de derecho es el que ocupa la función, ejerce la competencia y realiza el acto en virtud de una investidura regular. Es el que invoca un título de investidura regular: nombramiento o elección; además, este título no deja de ser válido y eficaz durante la actuación del funcionario".[2]

En síntesis, funcionarios de derecho son aquellos que tienen una investidura regular. Investidura significa —según el Diccionario de la Real Academia Española— el carácter que se adquiere con la toma de posesión de ciertos cargos o dignidades.

La investidura regular del funcionario de derecho tiene valor *erga omnes,* esto es, con respecto de todas las personas, y le confiere potestad para el ejercicio de los poderes inherentes a su cargo, para percibir el sueldo y recibir los honores correspondientes al mismo. *En principio, sólo son válidos los actos administrativos efectuados por los funcionarios de jure, dentro de los límites de su competencia y con arreglo a las disposiciones legales.*

El funcionario de hecho o *de facto* es, en cambio, aquel indi-

1. Constantineau. *Tratado de la Doctrina de Facto.* Tomo I, p. 37.
2. Jèze. *Ob. cit.* Tomo II, p. 323.

viduo que, en ciertas condiciones de hecho, ejerce funciones públicas como si fuera verdadero funcionario, como consecuencia de una investidura irregular, pero admisible. El carácter que adquiere el funcionario de hecho no es conforme con las reglas del derecho; pero resulta aceptable en razón de la equidad, la necesidad o la conveniencia social, según explicaremos.

Los funcionarios de hecho suelen aparecer, ya en situaciones de normalidad institucional, ya en períodos excepcionales o de anormalidad institucional.

214. *Funcionarios de hecho en épocas de normalidad institucional*

En pleno período de vigor de la Constitución, y sin que haya ocurrido ninguna alteración del orden público, puede haber funcionarios de hecho. Supongamos que ha sido designado para un cargo, y tomado posesión del mismo, un sujeto que carece de alguna de las condiciones personales exigidas por la ley, tales como la nacionalidad, la edad, la capacidad legal o el grado de instrucción; o bien que ha sido nombrado por autoridad incompetente o con inobservancia de las formas legales; o que no haya prestado el juramento de ley; o, en fin, que el cargo para el cual ha sido designado haya sido creado irregularmente, esto es, por una ley inconstitucional, o por un decreto violatorio de la Constitución o de la ley. En todos estos casos, para que el individuo pueda ser calificado de funcionario de hecho es preciso que "tenga la apariencia exterior de investidura y de regularidad de investidura", como expresa Bonnard. Si es manifiesto y evidente que no existe investidura o que ésta es irregular, no se trata de un funcionario de hecho, sino de un usurpador de la función, caso en el cual los actos realizados por tal individuo son inexistentes. Para que haya funcionario de hecho es indispensable que el público pueda creer razonablemente y de buena fe que se halla en presencia de un individuo regularmente investido de la función, esto es, que está en presencia de un funcionario *de jure*. Cuando el público puede creer razonablemente en la regularidad de la investidura, esta última es calificada por Jèze de "plausible", esto es, admisible. Por eso, según el vocabulario de dicho autor, podemos sintetizar la idea ex-

presada al decir que el funcionario de hecho es aquél que posee una investidura irregular, pero plausible; y que el usurpador de función es aquel que carece de toda investidura o que sólo posee una investidura irregular e inadmisible.

El mismo Jèze señala que la investidura admisible puede a veces consistir únicamente en el hecho de que el individuo, aunque carezca de título formal que lo invista de la función, la ejerza pública y pacíficamente en locales oficiales, sirviéndose de los registros y de los sellos oficiales, siendo considerado por todos como si poseyese el poder legal de realizar ciertos actos. En este caso existe investidura admisible y funcionario de hecho.

215. *Funcionarios de hecho en épocas de anormalidad institucional*

Cuando por efecto de una guerra civil, de una rebelión militar o de una insurrección popular, el gobierno ha sido derribado, y en su lugar se han instalado en el poder nuevas autoridades, es evidente que éstas carecen de investidura regular, porque a los ojos de todo el mundo han asumido el poder sin sujeción a las reglas del derecho.

No obstante ello, tales autoridades reciben la denominación de gobierno *de facto* o de hecho. La doctrina francesa considera que en tal caso los gobernantes encuentran en el asentimiento general o en la pasividad general, así como en el ejercicio pacífico y público de la función la *investidura admisible* necesaria para la validez de sus actos. Gaston Jèze opina que ese principio se basa sobre una necesidad social: la de asegurar la marcha de los servicios públicos del modo más regular y continuo que sea posible e impedir que la colectividad caiga en la anarquía. La aceptación general del hecho consumado, y aun la mera falta de protesta es el título de investidura irregular, pero admisible, invocado por tales gobiernos.

También se estima en Francia que la validez de los actos de los gobiernos *de facto* se funda en la *necesidad* y en la *urgencia*. En efecto, la sociedad no puede subsistir sin gobierno, y debiendo

3. Jèze. *Ob. cit.* Tomo II, p. 332.

procederse de inmediato a la constitución del nuevo gobierno, es imposible recurrir a las formas regulares.[4]

Según Constantineau, "un gobierno *de facto* en el estricto sentido jurídico, es un gobierno que ilegalmente obtiene posesión y control de un Estado o país, desapoderando al legítimo gobierno y manteniéndose por la fuerza y las armas contra la voluntad del legítimo gobierno, cuyos poderes declara ejercer".[5] Debemos observar que no siempre los gobiernos *de facto* han arrojado del poder a gobiernos legítimos, pues algunas veces también las autoridades derrocadas carecen de legitimidad. Además, en ocasiones el gobierno *de facto,* al poner término a situaciones arbitrarias, prepara el advenimiento de un período institucional. Pero no debemos entrar en consideraciones de orden político o ético, sino apreciar los problemas únicamente desde el punto de vista del derecho administrativo.

Estima Constantineau que de la obediencia compulsiva que han de prestar los particulares a los regímenes de fuerza, deriva la correlativa necesidad de considerar válidos los actos realizados por los funcionarios de esos gobiernos.

Por lo demás, la doctrina distingue entre el gobierno *de hecho* y el gobierno *insurreccional.* Aquél reemplaza a un gobierno ya desaparecido; éste, en cambio, pugna contra un gobierno todavía subsistente, que continúa combatiendo en su defensa. Cuando el gobierno insurreccional realiza actos administrativos es considerado *en principio,* usurpador, y sus actos, inexistentes; si triunfa, se transforma en gobierno de hecho, y es apto entonces para realizar actos válidos. Así, en Francia, los contribuyentes que pagaron impuestos a los agentes de la Comuna de París en 1871 sostenían que tales agentes eran funcionarios de hecho, y que el pago efectuado a esos agentes era válido; pero la Corte de Casación decidió que esos pagos no tenían carácter liberatorio, dada la inadmisibilidad de la investidura de los agentes de la Comuna, ya que el gobierno regular residía en Versalles, y había advertido al pueblo que los funcionarios de la Comuna eran usurpadores, sin aptitud

4. Bonnard. *Ob. cit.,* p. 101.
5. Constantineau. *Ob. cit.* Tomo I, p. 73.

legal para otorgar recibos válidos. Sin embargo, no puede formularse con carácter absoluto una doctrina que niegue todo valor a los actos de los gobiernos insurreccionales. Como la admisibilidad de la investidura es cuestión de hecho, en cada caso habrá que considerar las circunstancias en que se han realizado los actos. Por razones de necesidad y de urgencia, se reconoce la validez de los actos efectuados por los agentes de un gobierno insurreccional encargados de servicios que no pueden cesar en su funcionamiento, tales los relativos al estado civil y al otorgamiento de testamentos, y siempre que los funcionarios del gobierno regular no puedan intervenir.[6]

En los casos de guerra civil o internacional, insurrección popular, huelgas generales u otros graves trastornos del orden público, en ciertas regiones del país pueden desaparecer los funcionarios legítimos y ser sustituidos por individuos que asumen el ejercicio de las funciones públicas, ya espontáneamente, o por decisión de grupos de ciudadanos u orden de las autoridades superiores, pero sin sujeción a las pautas legales. En tales casos, dada la conveniencia colectiva de conservar en lo posible la continuidad de los servicios públicos y evitar la anarquía, se estima excusable y hasta laudable la ingerencia de tales individuos, se les considera funcionarios de hecho, esto es, provistos de investidura irregular, pero admisible, y en consecuencia, sus actos se reputan válidos, siempre que estén comprendidos dentro del círculo de atribuciones de los funcionarios *de jure* suplidos por ellos.

216. *Carácter de los funcionarios designados por los gobiernos de facto*

No están de acuerdo los autores sobre el carácter de los funcionarios designados por los gobiernos de facto.

Según la opinión de Bonnard, los funcionarios que los gobiernos de hecho "instituyen o confirman en sus funciones, no son usurpadores, ni aun funcionarios de hecho, sino funcionarios de derecho".

6. Bonnard, *ob. cit.*, pp. 101 y102. Jèze, *ob. cit.*, Tomo II, pp. 339 y ss.

La razón invocada, como fundamento de esa afirmación, es la siguiente: si se tienen por válidos los actos de los gobiernos de facto, la investidura de los funcionarios aplicada por dichos gobiernos resulta ser una investidura regular.

En oposición, el juez Constantineau sostiene que los funcionarios designados por los gobiernos de facto "nunca pueden llegar a ser más que funcionarios *de facto,* por regulares que sean su nombramiento y calificación", ya que los cargos que ocupan están afectados por la misma ilegalidad que el poder que les dio nacimiento o bajo el cual dichos cargos son ocupados.

La opinión del expositor canadiense coincide con el criterio manifestado por Gaston Jèze, al referirse a los ministros, prefectos, subprefectos y jueces nombrados en Francia en el año 1870-71 por el Gobierno de la Defensa Nacional. Expresa así el notable maestro: "Al igual que los gobernantes de hecho, dichos funcionarios no tenían una investidura regular, pero gozaban de una investidura admisible y, en consecuencia, sus actos eran jurídicamente válidos".[7]

Compartimos la segunda opinion. Si bien es cierto que, por consideraciones de orden práctico es necesario aceptar la validez de los nombramientos hechos por los gobiernos *de facto,* ello no significa que puedan conferir una investidura regular.

Por lo demás, la discrepancia es meramente académica, pues toda la doctrina reconoce la validez de los actos de los gobiernos *de facto* y de los funcionarios designados o confirmados en el ejercicio de sus funciones por los gobiernos de ese tipo.

217. *Requisitos esenciales para la existencia de funcionarios de hecho*

Es necesario distinguir entre los períodos de normalidad y los de anormalidad institucional.

En los períodos de normalidad institucional, la configuración del funcionario de hecho está subordinada a la concurrencia de las siguientes circunstancias:

7. Jèze, *ob. cit.,* Tomo II, p. 381.

a) *La existencia del cargo o función pública ejercidos por el funcionario.* Es necesario que el cargo o función expresados, hayan sido creados legalmente y no hayan sido suprimidos. Cabe la posibilidad de que la disposición legal que crea el cargo sea posteriormente declarada nula por hallarse en colisión con la Constitución; o si lo ha sido por decreto ejecutivo, que éste sea declarado nulo, por violación de la Constitución o de alguna disposición legal. En ambos casos, la legalidad aparente que ofrecían dichos cargos es suficiente para dar por cumplido este primer requisito; pero a partir de la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de la ley o de la ilegalidad del decreto, si el funcionario continuase en el ejercicio del cargo, ya no sería un funcionario de hecho, sino un usurpador.

b) *El ejercicio efectivo de la función pública.* El individuo, para ser reputado funcionario de hecho, debe haber tomado posesión del cargo, y haberlo ejercido realmente. Para ser funcionario de hecho no basta la simple pretensión de ser funcionario público, sino que es indispensable tener en los hechos la posesión del cargo y ser generalmente reconocido como funcionario.

c) *La apariencia de la legitimidad del título o autoridad.* Por último es necesario para constituir a una persona en funcionario de facto la apariencia (color) de legitimidad de su título o autoridad. Este requisito sirve para distinguir al funcionario de hecho del usurpador. La apariencia de legitimidad justifica la validez de los actos del funcionario de hecho. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, la apariencia de legitimidad del título (*color of title*) es "aquello que en apariencia es título, pero que en realidad no es título". Y un juez americano ha dicho: "Existe apariencia de legitimidad (color) de título cuando aparentemente es un título perfecto, pero que en razón de algún vicio que no aparece en su exterioridad, no constituye un título en el hecho". La apariencia de legitimidad puede derivar, o bien de un nombramiento o elección irregulares, o informales, o bien del ejercicio de un cargo con la aquiescencia pública, en circunstancias tales como crear la reputación de carácter oficial.[8]

8. V. Constantineau. *Ob. cit.* Tomo I, pp. 143 y ss.

En los períodos de anormalidad institucional se aplica un criterio menos severo para la calificación de los funcionarios de hecho. En cuanto al primer requisito, no es indispensable que el cargo o función pública ejercidos hayan sido creados por los órganos regulares del gobierno legítimo; puede tratarse de cargos creados por el propio régimen *de facto*. En lo que respecta al segundo requisito, o sea, el ejercicio efectivo de la función pública, es exigido en todo tiempo: normal o crítico. Y en lo tocante al tercer requisito, o sea, el de la apariencia de legitimidad del título o autoridad, tiene una significación muy diferente en las épocas de anormalidad institucional, pues como antes apuntamos, siendo conocida a los ojos de todo el mundo la ilegalidad de la llegada al poder de los regímenes de fuerza, el título invocado por esos regímenes para ser calificados como gobiernos de hecho, no es la apariencia de legitimidad, sino la pasividad general o ausencia de protesta ante el hecho consumado y, en virtud de ese título, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la validez de los actos realizados por aquéllos.

218. *Doctrinas de la validez de los actos de los funcionarios de hecho*

Por definición, todo acto jurídico y, por ende, todo acto administrativo, es el resultado del ejercicio de un poder legal; quien carece del poder legal, no puede realizar actos jurídicos. El individuo que no ha sido investido de la función pública conforme a las reglas del derecho, carece de toda competencia y, por lo tanto, le es imposible, como funcionario, efectuar actos válidos.

Por deducción rigurosamente lógica de esos principios, los actos administrativos realizados por los funcionarios de hecho deberían carecer de validez.

Sin embargo, ya hemos visto que la doctrina y la jurisprudencia en Europa y América, así en países anglosajones como en países latinos, reconocen la validez de los actos efectuados por los funcionarios de hecho.

Varias teorías se han elaborado con el propósito de dar una

explicación razonable a lo que parece un contrasentido: la validez de los actos emanados de los funcionarios de hecho.

Teoría del *error común*. Esta teoría tiene como punto de partida la opinión del jurisconsulto romano Ulpiano acerca de la validez de los edictos y decretos de Barbarius Philippus, el esclavo que, considerado por todos hombre libre, fue designado pretor, y actuó durante algún tiempo. A juicio del gran jurisconsulto, las disposiciones de aquel pretor, por razones de equidad, no debían ser nulas. Asimismo, en las leyes de Partidas se lee: "Pero si acaesciesse que algund sieruo, que andoviese por libre, fuese otorgado poderio de judgar, non sabiendo que yazia en seruidumbre, en tal razon como esta dezimos, que las sentencias e mandamientos, e todas las otras cosas que el ouiesse fecho como Juez fasta el dia que fuesse descubierto por sieruo valdrian. E esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razon: porque cuando tal yerro como este fizziesse algund Pueblo comunalmente, todos le deuen dar passada, bien como si non fuesse". (Partida 3ª, tit. IV, ley 4, *in fine*). Es la consagración del aforismo según el cual el error común hace derecho (*error communis facit jus*).

La teoría del error común es insuficiente para justificar la validez de los actos de los funcionarios de hecho, porque no cubre todas las situaciones posibles. Es útil para explicar los casos en que el vicio de la investidura del funcionario es ignorada por la comunidad; pero no los casos en que la población conoce la irregularidad del ejercicio de la función pública, tal como ocurre en los funcionarios de hecho que surgen en períodos de anormalidad.

La doctrina *de facto*. La doctrina de facto ha sido expuesta por el juez canadiense Albert Constantineau en su famoso *Tratado de la Doctrina de Facto,* basado en la jurisprudencia de los países de habla inglesa (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá), y publicado en el año de 1910. Según el expositor canadiense, la doctrina de facto se funda en consideraciones de orden público, justicia y necesidad, y está destinada a proteger y resguardar de daños a la comunidad en general o a las personas privadas que inocentemente o por medio de coerción se someten, reconocen o invocan la autoridad asumida por: a) Los gobiernos que han

usurpado la autoridad soberana del Estado y se han afirmado por la fuerza y las armas contra el gobierno legítimo; b) Los entes corporativos que, bien organizados irregular o ilegalmente, sin embargo ejercen abiertamente bajo la apariencia de legitimidad (*color of law*) los poderes y funciones de entes regularmente creados; y c) Las personas que bajo apariencia de derecho o autoridad (*color of right or authority*), ocupan un cargo bajo los antes mencionados gobiernos o entes que ejercen cargos de existencia legal de cualquier naturaleza.

La necesidad de la doctrina de facto se explica, en síntesis, así: porque no sería razonable esperar que el público y las terceras personas averiguasen previamente el título de los funcionarios con quienes deben tratar, para establecer qué confianza puede otorgarse a la autoridad que se atribuyen; y además, porque se fomentaría la insubordinación y el desorden si se autorizara a los particulares a rehusar obediencia al Estado y a los numerosos funcionarios, basándose en su existencia irregular o en sus títulos defectuosos.

Doctrina de Jèze. Según este autor, conviene no abusar de los razonamientos puramente lógicos, rigurosamente deducidos de máximas jurídicas corrientes; y es preciso, ante todo, hallar soluciones prácticas para un problema social, conciliando de la manera más adecuada posible los intereses opuestos. Es necesario tener en cuenta *el interés legítimo de los terceros,* el cual estriba en considerar regulares respecto de ellos, los actos jurídicos realizados por individuos no investidos regularmente de la función pública, pero bajo una condición: que los terceros pudieran creer razonablemente y de buena fe que el autor del acto estaba regularmente investido de la función. Prácticamente no es posible pedir a los terceros que tratan con un agente público que tiene las apariencias de que se halla regularmente investido, que exijan de él la justificación de la perfecta regularidad de su investidura. Por otra parte, el *interés público* exige que los servicios públicos funcionen sin interrupción, pues la continuidad de los servicios es una necesidad social de primer orden; ahora bien, este principio conduce también a la convicción de que, en *épocas normales,* se entor-

pecería la marcha regular y continua de los servicios públicos, si se exigiese al público que reclamase siempre, a los individuos a quienes todos aceptan como regularmente investidos de la función, la justificación de la regularidad de su título y, asimismo, que en *épocas anormales,* se consideren jurídicamente válidos los actos realizados por aquellos que han suplido la falta de los funcionarios desaparecidos. En síntesis, los actos realizados en las circunstancias señaladas son, a juicio del profesor Jèze, "jurídicamente válidos" en virtud del principio fundamental de la salvaguardia de los intereses legítimos de los terceros y de la necesidad social de asegurar la continuidad de ciertos servicios públicos.[9]

219. *Derechos de los funcionarios de facto frente a la Administración*

No hay acuerdo entre los autores acerca del derecho del funcionario de facto a reclamar de la administración el pago del sueldo. Según Constantineau, es un principio casi universalmente aceptado el de que un funcionario de facto no puede reclamar la retribución correspondiente al cargo, ya que para reclamar el pago debe demostrar que es un funcionario *de jure.* Sus actos sólo son válidos en lo referente al público o a los terceros que tienen interés en el asunto; pero la teoría del funcionario de hecho no consagra a favor de éste derechos creados por el título irregular. Sin embargo, según un sector de la doctrina, el derecho a reclamar el sueldo depende de la buena fe con que haya actuado el funcionario de hecho. Se ha sostenido también que el funcionario de hecho tiene derecho a reclamar el sueldo si tenía título, aunque inválido, y éste resultó posteriormente anulado; en caso de que no exista funcionario *de jure;* y, en fin, en caso de enriquecimiento de la administración por causa de la gestión del funcionario de hecho, hasta el límite del enriquecimiento. Se acepta, por otra parte, que el dinero pagado por el Estado, por concepto de sueldos, al funcionario de hecho, no puede ser repetido, sino que el funcionario de hecho, por razones de equidad, tiene derecho a retenerlo.

9. Jèze. *Ob. cit.* Tomo II, pp. 316 a 322.

Tampoco existe opinión unánime en cuanto al derecho del funcionario *de jure* de reclamar el pago de sus sueldos de la administración pública o del funcionario de hecho que los haya percibido. Según expone Constantineau, la jurisprudencia de Estados Unidos en su mayoría resuelve que un funcionario *de jure* no puede reclamar de las entidades públicas el sueldo que ha pagado de buena fe al funcionario *de facto;* pero que esto no afecta su derecho a reclamarlo de la persona que ilegítimamente lo ha percibido.[10] A nuestro parecer, el funcionario *de jure* cuyo cargo ha sido desempeñado por un funcionario de hecho no tiene derecho al sueldo, pues no ha prestado los servicios que son causa de la remuneración.

220. *Responsabilidad penal de los funcionarios de hecho*

Algunos autores se han planteado el problema de saber si es o no aplicable a los funcionarios de hecho la disposición contenida en las leyes penales sobre el delito de usurpación de funciones. Entre nosotros, el artículo 214 del Código Penal estatuye que cualquiera que, indebidamente, asuma o ejerza funciones públicas, civiles o militares, será castigado con prisión de dos a seis meses, y en la misma pena incurrirá todo funcionario público que siga ejerciéndolas después de haber sido legalmente reemplazado o de haberse eliminado el cargo. El estudio de esta materia impondría multitud de consideraciones, según las diversas situaciones que pueden presentarse; pero en tesis general, podemos afirmar que no sería aplicable dicha pena a quienes ignoren el vicio de su investidura, ni a quienes en épocas críticas, desaparecidos los funcionarios regulares de una localidad o región, asuman el control de los servicios públicos, ni, en fin, a los integrantes de los gobiernos *de facto* que hayan ocupado el poder en sustitución de regímenes ilegítimos.

Otro punto interesante es el de precisar si son aplicables a los funcionarios de hecho las disposiciones del Código Penal que sancionan delitos especiales en que pueden incurrir los funciona-

10. Constantineau. Tomo I, p. 362.

rios públicos. Puede responderse afirmativamente, en vista de que el artículo 236 del Código Penal, al definir el funcionario público para los efectos de la ley penal, no exige que la incorporación se haya efectuado en la forma legal. En este sentido opina Sayagués Laso.[11] Por otra parte, excluir a los funcionarios de hecho de la aplicación de esas disposiciones, sería colocarlos en absurda situación privilegiada respecto de los funcionarios de derecho.

11. Enrique Sayagués Laso, *ob. cit.* Tomo I, p. 306.

CAPITULO XXVIII

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

221. *Principio fundamental*

La responsabilidad de los funcionarios públicos es una institución esencial en el estado de derecho. Poco valdría la definición de las atribuciones y deberes de los agentes públicos, si éstos pudieran impunemente extralimitarse en el ejercicio de las primeras y dejar de observar el cumplimiento de los segundos. No es suficiente con la declaración de nulidad de los actos administrativos contrarios a derecho. Es necesario, además, que mediante sanciones de diverso orden, se mantenga a los funcionarios dentro del círculo preciso de las atribuciones y deberes que las normas jurídicas les trazan.

Entre nosotros, el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos está consagrado en el artículo 121 de la Constitución, conforme al cual, "el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley".

Los funcionarios públicos, según la doctrina, pueden incurrir en tres formas de responsabilidad: penal, administrativa y civil. Hay una cuarta forma de responsabilidad, extraña a nuestro estudio, en la cual pueden incurrir ciertos altos funcionarios o gobernantes —los Ministros y los Gobernadores de los Estados— y es la responsabilidad política, que se traduce en los votos de censura y, en ciertas ocasiones, en la remoción.

222. *Diversas formas de responsabilidad*

Incurren en *responsabilidad penal* los agentes públicos que en ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realizan infracciones expresamente previstas por las leyes como delitos o faltas, y sancionadas por ellas con penas determinadas. Dicha responsa-

bilidad acarrea la condena impuesta por los tribunales, al cumplimiento de las penas corporales o incorporales establecidas por el legislador. "Existen delitos que se castigan cualquiera que sea la persona que los cometa, pero en caso de realizarlo un funcionario público, producen una agravación de la pena o una transformación de la figura delictiva. Hay otros en que, por el contrario, la condición de funcionario es indispensable, de tal modo que sin ella, la figura delictiva desaparece".[1] En efecto, la violación del domicilio y la del secreto de la correspondencia pueden ser realizadas por cualquier individúo; pero si la primera es obra de un funcionario público, con abuso de sus funciones o faltando a las formalidades que establece la ley, y la segunda es obra de un empleado de correos, tales hechos se castigarán con penas más graves que si sus autores hubieran sido simples particulares (artículos 185 y 189 del Código Penal). Unicamente pueden incurrir en el delito de peculado los funcionarios públicos encargados de la recaudación, custodia o administración de dineros u otros bienes muebles pertenecientes a la administración (artículo 195 del Código Penal). Sólo un funcionario público puede cometer el delito de concusión (art. 196 *ejusdem*).

Según la Ley sobre Responsabilidad de Empleados Públicos, independientemente de la responsabilidad que como a los demás ciudadanos, por los delitos comunes que cometieren, afecta a todos los funcionarios nacionales y de los Estados, dichos funcionarios son responsables por los delitos que cometieren en el ejercicio de sus funciones conforme a la citada Ley. Se advierte que en ésta se entienden por "delitos comunes", los que puede cometer cualquier individuo, en oposición a los delitos que sólo pueden cometer los funcionarios públicos. Algunos autores clasifican los delitos en que pueden incurrir los funcionarios en "propios" e "impropios", a saber: los propios pueden ser cometidos únicamente por los funcionarios; los impropios, en cambio, son los delitos comunes a que se refiere la expresada ley, que pueden ser realizados por cualquier individuo.

1. Julián Ruiz y Gómez. *Principios Generales de Derecho Administrativo*. La Habana, p. 412.

Incurre en responsabilidad administrativa el agente público que, en ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, afecta la disciplina o el buen funcionamiento del servicio. Se denomina igualmente responsabilidad disciplinaria. Las infracciones a los deberes del funcionario se sancionan con medidas disciplinarias, impuestas por el superior jerárquico, tales como la amonestación, la privación de una parte del sueldo, la suspensión temporal del empleo, el retardo en el ascenso, la destitución.

En principio, los superiores jerárquicos tienen el poder discrecional de imponer a sus subalternos las sanciones disciplinarias que estimen convenientes, por las infracciones cometidas respecto a los deberes que les impone el cargo. Sabido es que en el derecho penal rige el principio *nullum crimen nulla paena sine lege,* consagrado en el Código Penal. En cambio, en lo relativo a la responsabilidad administrativa de los funcionarios y empleados públicos, proveniente, no de la comisión de hechos punibles, sino de la infracción de los deberes funcionales, la potestad disciplinaria de los superiores jerárquicos envuelve la facultad de imponer sanciones, sin necesidad de un texto legal previsivo de las faltas y de las sanciones aplicables. Los textos legales o reglamentarios pueden fijar límites a esa potestad disciplinaria.

Entre nosotros, entre otras disposiciones legales relativas a las sanciones disciplinarias, existen el artículo 13 de la Ley sobre Responsabilidad de Empleados Públicos, el artículo 16 del Reglamento de Administración de Personal para los servidores del Gobierno Regional y el artículo 35 del Estatuto Orgánico de Ministerios.

La Ley sobre Responsabilidad de Empleados Públicos de fecha 7 de junio de 1912, tiene por objeto la responsabilidad penal de los empleados; pero en el citado artículo 13 dispone que los empleados subalternos, en las faltas leves que cometieren en el desempeño de sus respectivos empleos, serán juzgados por sus superiores jerárquicos inmediatos, quienes deberán imponer la pena de multa, no pudiendo exceder nunca del sueldo mensual del empleado. A nuestro parecer, tal disposición, inserta en una ley

sobre responsabilidad penal, no limita la potestad disciplinaria de los jerarcas, ni prevalece sobre las leyes o reglamentos específicamente destinados a regular la responsabilidad disciplinaria.

El Reglamento de Administración de Personal antes mencionado, de fecha 14 de noviembre de 1960, dispone en su artículo 16 que los empleados subalternos de los Ministerios e institutos autónomos podrán ser sancionados cuando incurran en falta y de acuerdo con la gravedad de la misma, con las siguientes penas: amonestación, multa no mayor del diez por ciento de la remuneración mensual, suspensión del cargo sin derecho al sueldo hasta por tres meses, y destitución, siendo esta última sólo imponible por faltas graves especificadas en dicho Reglamento y de acuerdo con el procedimiento especial pautado en el mismo.

Según el Estatuto Orgánico de Ministerios (art. 35) las infracciones de los deberes relativos a la guarda del secreto serán sancionadas con amonestación al empleado infractor o destitución del cargo, a juicio del Ministro, y según la entidad de la falta, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Esto último está en completo acuerdo con la doctrina, según la cual la responsabilidad penal y la administrativa no se excluyen. Si la falta cometida por el empleado, al mismo tiempo que una violación de sus deberes funcionales, constituye una infracción penal, les serán aplicables tanto la sanción disciplinaria, como la sanción penal.

La responsabilidad civil del funcionario es la que principalmente interesa a nuestro estudio. Incurren en dicha responsabilidad los agentes públicos que, en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, causan daños a los particulares o a la administración. La falta del funcionario genera en este caso la obligación de indemnizar, o sea, reparar pecuniariamente los daños causados.

Estudiaremos separadamente la responsabilidad de los funcionarios ante los particulares, y la expresada responsabilidad ante la administración.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS ANTE LOS PARTICULARES

223. *La determinación de la responsabilidad*

Con motivo de la actividad administrativa los particulares pueden sufrir daños que directa o indirectamente afecten su patrimonio. Por ejemplo, en el curso de ciertas operaciones de la fuerza aérea, un avión cae sobre una edificación privada y le causa graves deterioros; al ser alterado el nivel de una vía urbana, resultan perjudicadas varias casas de propiedad privada; o al realizarse las operaciones aduaneras o de bultos postales, desaparece un lote de mercancías importadas por un particular; o por causa de vacunación practicada en las oficinas sanitarias, pierde un brazo un ciudadano; un Ministro, en fin, dicta una resolución ilegal, lesiva de los derechos de una empresa privada. En todos estos casos se plantea el problema de saber quién es el titular de la responsabilidad, esto es, a quién corresponde indemnizar las consecuencias del acto u omisión dañosos: al Estado, o al funcionario que realizó el acto o incurrió en la omisión.

Hay varios intereses en conflicto, que es necesario tener en cuenta en el sistema de determinación de la responsabilidad: el interés del particular agraviado, el de la hacienda pública, el del funcionario y el del servicio público.

El interés del particular agraviado aconsejaría que en todo caso pudiera ejercer su acción contra el Estado, que con seguridad sería más solvente que el funcionario.

Igualmente el interés del funcionario impulsaría a que se reconociese al Estado como titular de la responsabilidad y se librase de la misma a aquél.

Si se considera el interés de la hacienda pública, la solución escogida sería la inversa: la responsabilidad personal del funcionario

El interés del servicio público conduce a las siguientes consideraciones: no es juicioso librar de toda responsabilidad al fun-

cionario, porque ello estimularía las faltas y negligencias en el personal de la administración; ni es tampoco recomendable abrumar al funcionario con el peso de una responsabilidad excesiva, porque ello retardaría su acción, y paralizaría sus iniciativas, en perjuicio del buen funcionamiento de los servicios públicos.

224. *Distinción entre la falta personal y la falta del servicio*

En Francia, la jurisprudencia y la doctrina han establecido una distinción que se ha generalizado, entre la responsabilidad de la administración y la del funcionario, la cual se basa sobre el antagonismo entre la falta del servicio y la falta personal. Si el acto dañoso ha provenido de un hecho del servicio, y ha constituido, por lo tanto, una falta del servicio, corresponde al Estado cubrir el monto de la indemnización. En cambio, si el acto dañoso ha sido puramente personal del funcionario y, en consecuencia, constituye una falta personal, el funcionario deberá, con su propio patrimonio, cubrir el monto de los daños y perjuicios causados.

Con frecuencia se expresa la diferencia entre uno y otro tipo de faltas, llamándolas *falta separable* y *no separable* del ejercicio de las funciones. La falta personal es, por supuesto, la falta separable de la función.

No ha habido un completo acuerdo entre los autores en cuanto a las condiciones requeridas para que una falta sea considerada como separable de la función y, en consecuencia, personal del funcionario.

Claro está que toda falta cometida por el funcionario materialmente fuera del ejercicio de sus funciones, por ejemplo, en el ámbito de su vida privada, debe ser calificada como enteramente personal.

Las dificultades surgen en aquellas ocasiones en las cuales, estando el funcionario materialmente en el ejercicio de sus funciones, realiza actos con intención extraña al servicio público, y que, por ello, pueden ser considerados separables de la función. En tal hipótesis se ha hablado de "falta intelectualmente separa-

ble". Al tratar de precisar estos conceptos, surgen discrepencias entre los autores.

En Francia la doctrina clásica para caracterizar la falta personal, o sea, la falta separable, ha sido la de Eduardo Laferrière, llamada la *doctrina de las pasiones personales*: Hay falta de servicio, según Laferrière, si el acto dañoso es impersonal, si revela un administrador o un mandatario del Estado más o menos sujeto a error, y no *al hombre, con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencias*". Si al contrario, la personalidad del agente se revela por sus faltas de derecho común, por una violencia, una imprudencia, entonces la falta es imputable al funcionario, no a la función..."

De acuerdo con las decisiones jurisprudenciales, la moderna doctrina francesa encuentra que pueden ser calificadas como faltas separables y, por lo tanto, imputables personalmente al funcionario: las faltas *cometidas al margen del ejercicio de la función pública,* sea o no en el seno de la vida privada, pero en todo caso, en circunstancias extrañas a aquel ejercicio; y, además, las faltas cometidas aparentemente en ejercicio de la función pública, pero que intelectualmente pueden ser separadas de la misma, por tratarse de *faltas intencionales* o de *faltas graves,* esto es, debidas a un error inexcusable.

Aunque la falta se cometa en el ejercicio material de la función pública, puede tener carácter personal, si a su autor lo anima una intención malévola. Conviene advertir que no toda finalidad incorrecta perseguida por un funcionario basta para configurar una falta personal. Así, el acto administrativo puede estar viciado por *desviación de poder,* sin que resulte de ello una falta personal de su actor, como en los casos en que éste se ha apartado de la finalidad legítima del acto, pero no con intención malévola, contraria al servicio mismo, sino para favorecer financieramente al Estado. Para que la finalidad incorrecta pueda ser considerada falta personal, generadora de la responsabilidad personal del funcionario, es preciso que haya sido inspirada por la malevolencia, el deseo de venganza o por pasiones o debilidades similares.

También se califica de falta personal, toda falta de extrema gravedad, concerniente a los actos materiales de ejecución. Las imprudencias graves, cometidas por los agentes públicos en la ejecución de ciertas decisiones, quedan, pues, incluidas entre las faltas personales.

De acuerdo con la doctrina expuesta, las faltas de carácter ligero de los agentes públicos, debidas a negligencias, errores u omisiones excusables, explicables en el desarrollo normal de la actividad administrativa, no constituyen falta personal, sino falta del servicio.

225. *Interés de la distinción*

Conviene advertir que en Francia desde un triple punto de vista interesa averiguar si existe o no falta personal del funcionario. En primer término, según queda expuesto, para saber si el funcionario mismo ha de soportar la carga de la reparación; en segundo lugar, para fijar la competencia de los tribunales que hayan de conocer de la reclamación de indemnización, pues si dicha acción va dirigda contra el funcionario, compete al tribunal judicial, como todo litigio entre particulares y, en cambio, si la responsabilidad incumbe a la administración, conocerá del juicio un tribunal administrativo; y, en fin, para determinar el derecho aplicable, pues en el primer caso, rigen las normas del derecho privado acerca de la responsabilidad extracontractual, o dimanante de hechos ilícitos, y en el segundo, los principios del derecho administrativo.

Entre nosotros, la adopción de la doctrina expuesta sirve para determinar el titular de la responsabilidad, y para precisar cuál es el derecho aplicable. En lo relativo a la fijación de la competencia de los tribunales, el interés que ofrece esa doctrina es entre nosotros mucho menor que en Francia, porque en nuestro país sólo existe un orden de tribunales. Sin embargo, si se trata de una acción en reclamación de daños y perjuicios dirigida contra la nación, su conocimiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en una sola instancia; en

cambio, si se intenta la acción contra el funcionario, o contra una administración estadal, o municipal o un instituto autónomo, corresponde el conocimiento del asunto a los tribunales ordinarios.

226. *La acumulación de responsabilidades del funcionario y de la administración*

Como hemos visto, el sistema expuesto reposa sobre el antagonismo de las dos categorías de faltas: falta personal o falta del servicio. Durante el siglo pasado y comienzos del presente, se sostuvo que dichas faltas eran excluyentes la una de la otra; que no había lugar para la coexistencia o acumulación de ambas responsabilidades; o respondía el funcionario, o respondía la administración.

Más tarde se advirtió que la no coexistencia de ambas responsabilidades traía consecuencias contrarias a la equidad. En efecto, en caso de falta personal del funcionario, la víctima obtenía un crédito contra éste; y en caso de falta del servicio, la víctima adquiría un crédito a cargo de la administración. Eso era injusto, porque "la solidez del crédito de la víctima estaba en razón inversa de la gravedad de la falta cometida".[2] El agraviado por una falta personal, que es por definición la de mayor gravedad, tenía menores posibilidades de ser pagado que el damnificado por una falta ligera cuyos efectos quedaban a cargo del patrimonio administrativo.

La moderna jurisprudencia francesa admite, bajo ciertas condiciones, la acumulación de responsabilidades. Conforme al criterio actual, los tribunales administrativos condenan a la administración a reparar los daños y perjuicios causados por la falta personal del agente, siempre que la falta haya sido cometida en ejercicio de las funciones. No ocurre lo mismo si la falta personal ha sido cometida fuera del ejercicio de las funciones, porque en tal caso, no queda comprometida la responsabilidad de la administración.

2. Paul Duez. *La Responsabilité de la Puissance Publique.* (En dehors du contrat). París, 1938, p. 94.

La aceptación de la acumulación de responsabilidades tiene por finalidad dar al particular agraviado la ventaja de poder dirigirse contra la administración, que es generalmente más solvente que el funcionario; pero no autoriza al damnificado para percibir a un tiempo indemnizaciones de la administración y del agente. Mediante el empleo de ciertos procedimientos técnicos, los tribunales franceses impiden la percepción de la doble indemnización. Tal es el procedimiento de la subrogación, que consiste en condenar a la administración, bajo reserva de que la víctima subrogue al Estado en los derechos que tiene contra el funcionario.

Condenada la administración al pago de la indemnización, puede ejercer contra el agente total o parcialmente responsable del daño, ya la acción nacida de la subrogación, ya una acción directa contra el autor del daño, aun fuera de toda subrogación en los derechos de la víctima. El agente es parcialmente responsable cuando el daño ha sido causado a un tiempo por la falta del servicio y por la falta personal, caso en el cual el tribunal administrativo determina la cuota de cada uno de los responsables, de acuerdo con la gravedad de las faltas respectivas.

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS FRENTE A LA ADMINISTRACION

227. *Recurso de la administración contra el funcionario culpable.*

Según se ha expresado, condenada la persona pública al pago de los daños y perjuicios por falta personal del funcionario, tiene aquélla derecho a recurrir contra éste para que le reintegre el monto de la indemnización. Este es uno de los casos en que se plantea la responsabilidad civil del funcionario frente a la persona pública a cuyo servicio se encuentre o haya estado.

228. *Daños causados al patrimonio público por falta del funcionario*

También ha de responder civilmente el funcionario ante la administración si por las faltas personales de aquél, ha causado directamente daños al patrimonio público. La responsabilidad se

limita a los casos en que los daños y perjuicios provengan del dolo del funcionario, de su negligencia, impericia o imprudencia absolutamente inexcusables. Es preciso que el funcionario haya procedido con dolo o culpa grave, para que pueda ser obligado al pago de la reparación pecuniaria. La administración no puede exigir a sus agentes responsabilidad pecuniaria por faltas que no revistan excepcional gravedad, porque ello conduciría a los agentes públicos a proceder con excesiva cautela, sin la presteza necesaria, y paralizaría en ellos el espíritu de iniciativa. Si las faltas cometidas presentan los expresados caracteres, puede se rexigida responsabilidad civil al funcionario, aun cuando del acto u omisión dañosos no hubiere derivado beneficio personal alguno.

229. *El enriquecimiento ilícito*

Los agentes públicos han de responder ante la administración, del enriquecimiento ilícito que hayan obtenido en el ejercicio de sus funciones. Según la ley venezolana sobre la materia, el enriquecimiento ilícito tiene lugar cuando el funcionario o empleado público, durante el desempeño de su cargo o dentro del año siguiente a su cesantía, se encontrare en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, que sobrepase notoriamente sus posibilidades económicas. La mencionada ley obliga a los funcionarios o empleados públicos a hacer dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo y a la fecha en que cesen sus funciones, declaraciones juradas de su activo y de su pasivo y del activo y pasivo de su cónyuge, las cuales se archivarán en la Contraloría General de la República. Cuando del estudio de esas declaraciones, o del conocimiento de la Comisión Investigadora de Enriquecimiento Ilícito o del informe de la Contraloría, o de denuncia formulada por cualquier persona, apareciere que se han cometido hechos lesivos de la administración, la Comisión Investigadora abrirá la averiguación correspondiente. Si aparecieren fundados indicios de que el funcionario o empleado ha cometido algún delito contra la cosa pública (peculado, concusión, corrupción) solicitará del representante del Ministerio Público el enjuiciamiento correspondiente. Si de las actuaciones apareciere que el

funcionario o empleado ha incurrido en faltas, omisiones, o negligencias, tratándose de funcionarios o empleados que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, recaudación, custodia o inversión de fondos o bienes nacionales de cualquier género, se remitirán las actuaciones al Contralor. Si solamente existieren fundados indicios de enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado, se remitirán las actuaciones al Procurador General de la República, para que intente la demanda correspondiente ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil de la jurisdicción. En el juicio respectivó, según la citada ley, incumbe al funcionario o empleado demandado, la carga de comprobar la licitud de su enriquecimiento. Si se dictare sentencia condenatoria, los bienes que constituyen el enriquecimiento ilegítimo pasarán a ser propiedad de la nación.

Debe advertirse que la mencionada ley se aplica no sólo a los funcionarios y empleados nacionales, sino también a todos aquellos que estén al servicio de los Estados, de los municipios y de los institutos autónomos. No es lógico que, no habiendo sufrido lesión alguna el patrimonio de la nación, sino el de una de las personas públicas menores, en caso de condena, los bienes que constituyen el enriquecimiento ilícito pasen a ser propiedad de la nación.

CAPITULO XXIX

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION

230. *Evolución en materia de responsabilidad del Estado*

En todos los países, durante el período de formación del derecho administrativo, ha dominado la idea de la *irresponsabilidad del Estado* en razón de los daños causados a particulares por los gobernantes y agentes públicos. En el curso de los últimos cien años ha ocurrido una evolución en sentido favorable a la afirmación de dicha responsabilidad.

En Francia, a mediados del siglo XIX regía el principio de la irresponsabilidad de la *potencia pública,* esto es, se consideraba que el Estado sólo era responsable cuando actuaba como *persona privada.* El Estado soberano se consideraba irresponsable, con excepción de los casos expresamente determinados en algún texto legal. Laferrière condensa estas ideas en la siguiente frase: "Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación". En aquel tiempo se sostenía que los daños resultantes del funcionamiento de los servicios públicos son los riesgos que corren los administrados, a cambio de las ventajas que estos servicios les proporcionan. La decisión Blanco, dictada por el Tribunal de los Conflictos el 8 de febrero de 1873, si bien admite la responsabilidad del Estado, lo hace en forma restrictiva, al declarar que la responsabilidad que puede incumbir al Estado *no es ni general ni absoluta.* Por el contrario, hoy se estima en Francia que si todos los ciudadanos se benefician de la marcha de los servicios públicos, la colectividad debe soportar las cargas provenientes de la actividad estatal. Por lo tanto, se concluye que el agravio sufrido por un particular con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos debe ser reparado por el patrimonio estatal. En el actual derecho francés, la responsabilidad es la regla, y la irresponsabilidad la excepción, limitada a algunos dominios muy particulares.

En Italia, a través de un desenvolvimiento doctrinario y legislativo complejo y laborioso, se ha afirmado finalmente el principio de la responsabilidad del Estado y los demás entes públicos en razón de los daños causados a los particulares por la actividad ilegítima de los órganos de aquéllos. Originariamente se admitía la responsabilidad del Estado en el campo del derecho privado, pero se la excluía en las relaciones de derecho público. Se fundaba esa exclusión en las siguientes razones: en el carácter ético y jurídico del Estado, que descartaba la posibilidad de que cometiera hechos ilícitos; en la función propia del Estado, de crear el derecho, que sería incompatible con cualquier actividad contraria al derecho y a la legalidad; y, finalmente, en el carácter público de la personalidad del Estado, que impediría su sometimiento a un principio de derecho privado, como era calificado el de la responsabilidad por daños. La jurisprudencia italiana acogió la distinción entre actos de gestión y actos de imperio, y limitó a los primeros la posibilidad de engendrar una responsabilidad del Estado y demás entes públicos. La Constitución de la República de Italia, sancionada en el año de 1947, actualmente en vigor, declara en su artículo 28 que los funcionarios y empleados del Estado y de los entes públicos son directamente responsables de acuerdo con las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos cumplidos con violación del derecho; y agrega el texto constitucional: "En tales casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos". En tal forma reconoce la expresada Constitución que la responsabilidad civil del Estado y demás entes públicos, para evitar que el agravio causado al particular quede sin reparar, por falta de medios económicos del funcionario.

En Inglaterra hasta fecha muy reciente estuvo en vigor el conocido principio del Common Law que excluye a la Corona de responsabilidad: *"The King can do no wrong"*. En principio, no podían los administrados proponer reclamación ante los tribunales contra la Corona, sino contra los funcionarios que aparecieren culpables de los daños sufridos por aquéllos. Una ley dictada en 1947, denominada Crown Procedings Act, consagra la responsa-

bilidad de la Corona, emanada de hechos ilícitos, como regla general, sujeta a determinadas excepciones.

En Estados Unidos también hasta hace pocos años imperaba el principio de la irresponsabilidad de la administración o, dicho con mayor exactitud, la imposibilidad de ser demandado el Estado federal por ante los tribunales, para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la actividad de la administración. La responsabilidad recaía sobre los funcionarios, no sobre la administración. Durante algún tiempo sólo el poder legislativo tenía facultad para reconocer la obligación de la administración, de pagar determinadas deudas. La Court of Claims ejerció durante mucho tiempo las atribuciones de órgano consultivo del Congreso, encargada dicha Corte, de examinar las reclamaciones de particulares, fundadas en responsabilidad contractual o extracontractual, y a partir de 1866, la ley confirió a la referida Corte, facultades de órgano jurisdiccional para tomar decisiones en lo concerniente a las reclamaciones de origen contractual, sujetas esas sentencias a un recurso de apelación para ante la Suprema Corte de Justicia. En lo tocante a las reclamaciones de origen extracontractual, conservó la Court of Claims sus atribuciones de orden meramente consultivo, hasta que en 1946 la ley denominada Federal Court Claims Act. consagró el derecho de los administrados, de ejercer por la vía jurisdiccional contra la administración federal, sus acciones en reclamación de los daños y perjuicios provenientes de la actividad pública. Quedó así reconocido el principio de la responsabilidad del Estado, por hechos ilícitos, aunque limitado por importantes excepciones.

En Venezuela la Constitución Nacional sancionada en el año de 1901 reconoció indirectamente la responsabilidad de la nación y de los Estados por daños provenientes de la actividad pública, al declarar que "en ningún caso podrán pretender, tanto los nacionales como los extranjeros, que la nación ni los Estados indemnicen daños, perjuicios o expropiaciones que no se hayan ejecutado por autoridades legítimas obrando en su carácter legítimo". Guiado por el propósito de evitar la responsabilidad de las entidadas públicas por los daños causados por los rebeldes en nuestras contien-

das civiles, muy frecuentes en aquella época, el Constituyente reconoció expresamente la responsabilidad civil de la administración venezolana, en momentos en que era generalmente negada en países extranjeros. Dicha disposición fue reproducida por los textos constitucionales siguientes, inclusive en el actual.[1] Este último establece, además, que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para "condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración". Es la más categórica afirmación de la responsabilidad del Estado que puede incorporarse en una Constitución.

231. *Responsabilidad por falta y responsabilidad por riesgo*

A propósito de la responsabilidad extracontractual se plantea el problema de saber si, para que surja la misma, el hecho dañoso o perjudicial debe presentar un carácter reprensible o si basta que exista una relación de causa a efecto entre el daño sufrido y la actividad desplegada, aunque ésta haya sido correcta. En el primer caso se trataría de una responsabilidad *por falta;* en el segundo, de una responsabilidad *sin falta* o *por riesgo.*

En Francia se admite hoy a un tiempo la responsabilidad por falta y la responsabilidad por riesgo, con las limitaciones que luego señalaremos.

Si indagamos el fundamento de la responsabilidad del Estado, veremos que consiste en la idea de la igualdad de los individuos ante las cargas públicas. En efecto, como antes se apuntó, los servicios públicos funcionan en interés general de la colectividad; como ésta aprovecha de las ventajas, es justo que soporte la carga de la reparación.

La consecuencia lógica del expresado fundamento sería que, sin necesidad de que exista falta alguna, en todo caso en que hubiere relación de causalidad entre el daño sufrido y la actividad pública realizada, se admitiera la responsabilidad del Estado, ba-

1. Artículo 47 de la Constitución Nacional.

sada en el riesgo. No obstante ello, en principio la responsabilidad de la administración está condicionada por la existencia de una falta; sólo en ciertos casos se acepta que la administración está obligada a reparar los daños causados por su actividad, aunque no ofrezca carácter reprensible. Por razones prácticas de orden financiero no se ha generalizado la responsabilidad por riesgo de la administración: el temor de ver afectado el patrimonio fiscal con cargas excesivas, ha impulsado a la jurisprudencia francesa a restringir a ciertos dominios la aplicación de la teoría del riesgo.

232. *Responsabilidad por falta*

Por regla general, para que la administración sea condenada a la reparación del daño, es necesario que se compruebe una *falta administrativa.* La falta administrativa puede consistir, ya en una falta individual, cometida por un funcionario que es posible identificar; o en una falta anónima cuyo autor no aparezca de manera clara bajo la forma de un funcionrio identificable, caso en el cual puede decirse que es el servicio en su conjunto el que ha funcionado mal, o ha dejado de funcionar, o ha funcionado tardíamente.

Las faltas administrativas pueden resultar, ya de una operación material de la administración o de actos administrativos ilegales. Si el acto administrativo es ilegal, según anteriormente se ha examinado, es susceptible de revocación o anulación; pero, además, si ha causado daños, da lugar a la reparación patrimonial de los mismos.

Según la teoría del Consejo de Estado francés, para que la falta administrativa obligue a la reparación patrimonial es necesario que ofrezca cierta gravedad, variable según los diferentes servicios. En el servicio público de policía, en los servicios fiscales y en los hospitalarios se ha establecido que sólo existe responsabilidad administrativa en caso de *faltas manifiestas y particularmente graves*.

233. *Responsabilidad por riesgo*

Antes dijimos que la responsabilidad por riesgo es aquella

que resulta de una relación de causalidad entre el daño y la actividad de su autor. Dicha responsabilidad cesa en caso de demostrarse que el daño se ha producido por la falta de la víctima o por la fuerza mayor. La responsabilidad por riesgo existe si el daño ha resultado de un accidente cuya causa se desconoce.

En consideración de los intereses de la hacienda pública, según antes se apuntó, sólo a título excepcional ha sido reconocida la responsabilidad por riesgo. Para que esa responsabilidad funcione, la jurisprudencia francesa exige la realización de condiciones excepcionales tales que el perjuicio "no pueda ser considerado como una carga que incumba normalmente al administrado" (Consejo de Estado francés, 21 de nov. de 1947).

Esto ocurre en el caso de daños anormales que han resultado para las propiedades vecinas, de la presencia de una obra pública, o de la construcción de una obra de esa naturaleza, casos en los cuales ha sido condenada la administración al pago de una reparación, sin necesidad de comprobar una falta en la ejecución de los trabajos ni un defecto en el estado de la obra.

Según la jurisprudencia francesa, no todos los daños causados por la construcción de obras públicas generan una responsabilidad por riesgo. Dicha jurisprudencia ha hecho una distinción entre *daños permanentes* y *daños accidentales.* Los *daños permanentes* son aquellos que resultan de una manera continua de una construcción de una obra pública, o de la presencia o estado de una obra de esa categoría. Tal sería el caso de que la obra pública dificulte el acceso a una finca vecina; o que sea causa de inundaciones periódicas, humedad, malos olores o ruidos. En caso de daños permanentes se aplica la teoría del riesgo, pero la obligación de reparar queda limitada al *daño anormal,* esto es, al que exceda de los inconvenientes normales que comporta inevitablemente la contigüidad de las propiedades. Los *daños accidentales* son aquellos que resultan de un hecho único y pasajero, provocado por la construcción de una obra pública. Pueden ser causados a una persona o cosa. Son daños de esta clase los que sufre un automóvil, por el estado de una carretera o de una calle. Si el daño accidental

es causado a un usuario de la obra pública, la expresada jurisprudencia, en atención a las ventajas que el usuario deriva de la obra, no acuerda reparación sino en caso de falta administrativa, esto es, no aplica en tal caso la teoría del riesgo; ésta sólo se aplica en caso de daño accidental causado a terceros.

Los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos a sus propios colaboradores deben ser reparados por la administración, según la teoría del riesgo. En Francia, tras de haber sido establecido tal principio por la jurisprudencia administrativa, la legislación sobre accidentes del trabajo, dictada en 1898, aplicó en el derecho laboral la teoría del riesgo profesional, que en Venezuela aparece en el Código de Minas de 1910, y luego se trasladó a la Ley del Trabajo de 1928, y de allí a la Ley del Trabajo de 1936. Esta última obliga a los patronos a pagar a los trabajadores las indemnizaciones correspondientes por los accidentes y las enfermedades profesionales que provengan del servicio mismo o con ocasión directa de él, *exista o no culpa* por parte de la empresa o por parte de los trabajadores (artículo 134 de la Ley del Trabajo en vigor). Tal disposición de nuestra Ley del Trabajo es aplicable por virtud del aparte único del artículo 6º *ejusdem,* a los obreros al servicio de la nación, los Estados y municipios, mientras éstos no sean objeto de legislación especial; y a nuestro parecer, el citado precepto, aunque en rigor de derecho no es extensible a los funcionarios y empleados públicos, por no estar éstos protegidos por la Ley del Trabajo, debe ser tomado en cuenta, al igual que la jurisprudencia extranjera, por los órganos jurisdiccionales, para hacer funcionar en beneficio de tales servidores públicos, la teoría del riesgo, cuando hayan sufrido daños que provengan del servicio o con ocasión directa de él.

234. *Las funciones del Estado y la responsabilidad*

Los autores plantean generalmente el problema de saber si el moderno principio de la responsabilidad del Estado tiene validez con ocasión del ejercicio de una cualquiera de las funciones del Estado. Es lo cierto que la teoría de la responsabilidad estatal se

ha desarrollado principalmente en relación al ejercicio de la función administrativa y, en grado mucho menor, respecto a las funciones legislativa y jurisdiccional.

235. *Responsabilidad emanada de la función administrativa*

El ejercicio de la función administrativa es el campo más fecundo para el brote de conflictos entre el Estado y los particulares que reclamen indemnizaciones por daños.

Según vimos al analizar la responsabilidad personal de los funcionarios, al producirse daños con motivo de la actividad administrativa, surge el problema de determinar el titular de la responsabilidad, esto es, de precisar quién habrá de responder a la víctima: si el funcionario con su patrimonio personal, el Estado con el patrimonio público, o si pueden acumularse ambas responsabilidades. Este punto fue tratado ampliamente en el capítulo anterior.

Se reconoce hoy que en general los actos administrativos y las operaciones materiales de la administración pueden causar daños a los administrados, y generar, en consecuencia, la responsabilidad civil del Estado. Sin embargo, en algunos sistemas se mantiene el principio de la irresponsabilidad del Estado con respecto a una categoría especial de los actos administrativos: los actos de gobierno. La jurisprudencia francesa considera que los actos de gobierno no pueden comprometer la responsabilidad del Estado, porque deben ser sustraídos a toda discusión jurisdiccional. Ya hemos dicho que la lista de los actos de gobierno, donde tal concepto es admitido, tiende a hacerse cada día más breve, y que la doctrina, en general, es hostil a dicha noción. En Venezuela no existe ni en la Constitución ni en las leyes ordinarias disposición alguna que incorpore a nuestro ordenamiento jurídico la noción de los actos de gobierno, y nada hemos hallado en nuestra jurisprudencia sobre el particular. Aun en el supuesto de que llegare a afirmarse que hay entre nosotros ciertos actos administrativos cuya nulidad no puede ser declarada por los órganos jurisdiccionales, puede sostenerse que si tales actos son contrarios a derecho y lesionan el patrimonio de los administrados, pueden dar lugar a la reclamación civil de estos últimos contra la administración.

236. *Responsabilidad emanada de la función legislativa*

Ha sido muy difícil el reconocimiento, aun limitado, de la responsabilidad del Estado como legislador. Se trata de saber si el Estado está obligado a reparar los daños causados por la aplicación de las leyes.

La ley algunas veces prevé el régimen de indemnizaciones por los daños que habrá de ocasionar ella misma o que hayan sido causados por leyes anteriores. Así, por ejemplo, la ley de 24 de marzo de 1854, que declaró abolida para siempre la esclavitud en Venezuela, dispuso que los dueños de esclavos serían indemnizados del valor que tuvieran por la tarifa, con los fondos destinados o que se destinaren a ese objeto. Asimismo, la ley de 28 de mayo de 1850 reconoció la obligación del Estado venezolano, de indemnizar a los acreedores perjudicados por la Ley de Espera y Quita, de fecha 9 de abril del año anterior, que acordó una moratoria para el pago de las deudas vencidas y remisión de los intereses.

Otras veces la ley puede negar toda reparación, sea expresamente, sea de modo implícito.

En fin, la ley puede guardar completo silencio acerca de la reparación.

Se trata de saber qué facultades tienen los tribunales ante disposiciones legislativas que excluyan la responsabilidad del Estado o que guarden silencio ante tal problema.

En Francia, hasta 1938, tanto la jurisprudencia como el sector predominante de la doctrina sostuvieron el principio de la irresponsabilidad del Estado legislador. Por excepción, Duguit fue partidario de la responsabilidad del Estado en caso de supresión de una actividad lícita, para ser convertida en monopolio del Estado. La jurisprudencia francesa cambió a partir de la decisión recaída en el asunto de La Fleurette, dictada por el Consejo de Estado el 14 de enero de 1938, reiterada en el asunto Cacheteux et Desmont, el 21 de enero de 1944. Después de esas decisiones, la doctrina francesa ha evolucionado en sentido favorable a la responsabilidad del Estado legislador.

En Italia y otros países, salvo decisiones y opiniones aisladas, predomina la doctrina de la irresponsabilidad del Estado con ocasión del ejercicio de la función legislativa.

En Uruguay, la Corte Suprema declaró la responsabilidad del Estado con motivo de diversas reclamaciones propuestas por particulares perjudicados por la ley de 15 de octubre de 1931, que creó la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland. Dicha ley, al implantar sin plazo los monopolios de la refinación del petróleo, del alcohol y de ciertas bebidas alcohólicas, lesionó los derechos de los reclamantes, comerciantes e industriales que tuvieron que cesar de inmediato en la explotación de sus actividades. Según expone el profesor Sayagués Laso, la solución dada por la Corte fue unánimemente apoyada por la doctrina de aquel país.

La doctrina de la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos se basa en los siguientes argumentos: 1º) Que la soberanía es irresponsable, y ella reside en el poder legislativo, por lo cual los actos legislativos no pueden engendrar ninguna responsabilidad. 2º) Que por definición la actividad prohibida por la ley es una actividad perjudicial, injusta o, al menos, contraria a derecho. 3º) Que en vista del alcance general de las leyes, no pueden causar sino daños comunes a todos los individuos a quienes conciernen, y que estos daños constituyen cargas públicas generales, faltándoles, para ser reparables, el requisito de la especialidad.

Tales argumentos han sido refutados así: a) El concepto de la soberanía en nuestros días muy limitado; no está demostrado que la soberanía implique responsabilidad, y, además, no es cierto que la soberanía resida en el cuerpo legislativo, sino en el pueblo; b) El cuerpo legislativo no es omnipotente, desde luego que está limitado por su deber de obediencia a los preceptos constitucionales; y, por otra parte, no es cierto que todas las actividades que la ley prohibe sean perjudiciales o injustas, y mientras no hayan sido prohibidas, están garantizadas por la Constitución; c) Aun cuando las leyes materiales tengan el signo de la generalidad, lo que significa que se aplican por igual a todos los individuos que se hallen en las condiciones de hecho previstas en el texto, no queda des-

cartada la posibilidad de que sólo una escasa minoría se encuentre en situación de sufrir los perjuicios derivados de la aplicación de la nueva ley.

Ahora bien, el verdadero fundamento de la responsabilidad del Estado por actos legislativos se halla en el principio de la igualdad de los particulares ante las cargas públicas, que es una consecuencia del principio de la igualdad jurídica. Si la ley, que se supone encaminada a favorecer a la comunidad, daña gravemente a un individuo o a una minoría, es justo que el patrimonio público responda de aquel agravio, porque así las cargas públicas no pesan sólo sobre los damnificados sino sobre la colectividad entera. En los asuntos de La Fleurette y Cacheteux et Desmont, antes mencionados, decididos en 1938 y 1944, respectivamente, expuso el Consejo de Estado francés: "Nada permite pensar que el legislador ha entendido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente; esta carga, creada en un interés general, debe ser soportada por la colectividad".

La jurisprudencia francesa ha resuelto así la situación planteada en caso de silencio del legislador. Cuando la ley niega toda indemnización, sea expresamente o en forma implícita, o cuando acuerda la indemnización, y al mismo tiempo fija su cuantía y el modo de pagarla, los tribunales franceses, fieles al principio dominante en aquel país, según el cual los jueces son incompetentes para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, se atienen a lo dispuesto por el legislador.

En Venezuela no tiene la ley ordinaria tanta fuerza sobre la decisión judicial. Existe entre nosotros, de una parte, el control activo y absoluto de la constitucionalidad de las leyes, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, conforme a la propia Constitución, en virtud del cual el Alto Tribunal tiene competencia para declarar *erga omnes* la nulidad de las leyes que colidan con la Carta Fundamental. Por otra parte, los tribunales de todo orden y categoría, conforme al artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, ejercen el control pasivo y relativo de la constitucionalidad intrínseca de las leyes, esto es, que en un juicio determinado, si la ley vigente

cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, aplican ésta de preferencia, esto es, descartan en aquel proceso, la aplicación de la ley ordinaria.

En nuestro país puede ser declarada la nulidad de una ley que niegue toda indemnización, cuando sea procedente. Semejante ley sería contraria a los derechos económicos garantizados por la Constitución. Los agraviados podrían en tal caso, en ejercicio de la acción popular, pedir ante la Corte Suprema de Justicia, la declaración de nulidad de esa norma; o bien, solicitar, en el juicio relativo a la reclamación de indemnización, que los tribunales descarten, conforme al artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, la aplicación de ese precepto legal, por colidir con la Constitución.

Por lo demás, la responsabilidad del Estado por actos legislativos está sometida a condiciones muy rigurosas, de suerte que sus aplicaciones son raras. La jurisprudencia y la doctrina favorables a este tipo de responsabilidad exigen la concurrencia de las siguientes condiciones: a) Que el perjuicio sea *especial,* esto es, que haya afectado a un solo individuo o a un pequeño número de individuos; b) Que sea de *gravedad suficiente;* c) Que el perjuicio resulte *directa e inmediatamente* de la ley; d) Que el perjuicio sea *cierto* y *apreciable en dinero;* e) En fin, es preciso que la actividad prohibida o suprimida o la situación afectada no hayan sido contrarias a la salud, a la moral o al orden público y, en términos generales, que no hayan sido *antisociales.*

237. *Responsabilidad emanada de la función jurisdiccional*

Respecto a los actos jurisdiccionales, la jurisprudencia y la doctrina de distintos países, en tesis general, niegan la responsabilidad del Estado. Esta negativa se funda en la presunción de verdad atribuida a la cosa juzgada. *Res judicata pro veritate habetur.* Si lo resuelto por sentencia firme se reputa verdad legal, es imposible que de ese acto emane para el Estado responsabilidad. Cuando en casos excepcionales una nueva decisión comprueba el error judicial, desaparece el fundamento de la irresponsabilidad y, en tal caso, los autores se inclinan a reconocer la procedencia de la reclamación de daños.

En Francia, la ley de 8 de junio de 1895 autoriza a reclamar una indemnización a aquel que, habiendo sido condenado por sentencia firme en un juicio penal, es más tarde declarado inocente, al hacerse la revisión del proceso.

En Venezuela, el Código de Enjuiciamiento Criminal contempla la posibilidad de que sean revisadas las sentencias penales. En efecto, el artículo 56 del expresado Código autoriza la anulación de la condena, después de sentencia firme, en tres casos excepcionales: cuando dos personas hayan sido condenadas en razón de un mismo delito, por dos sentencias que no puedan conciliarse y sean la prueba de la inocencia de uno u otro condenado; cuando la sentencia penal hubiere dado por probado el homicidio de una persona cuya existencia posterior a la época de su presunta muerte resultare demostrada plenamente; y cuando la prueba principal en que se hubiere basado la condena hubiese sido un documento que después resultó falso. Aun cuando ninguna ley venezolana autoriza, en estos casos, al declarado inocente, para reclamar indemnización contra el Estado, a nuestro parecer, por las razones doctrinarias expuestas, sería procedente la acción encaminada a obtener del Estado una reparación patrimonial por los daños causados por tan grave error judicial.

CAPITULO XXX

ADMINISTRACION PUBLICA NACIONAL. ATRIBUCIONES ADMINISTRATIVAS DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. LOS MINISTROS

238. *El órgano presidencial*

Según la Constitución venezolana, el Presidente de la República es a un tiempo el Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional.

La Presidencia de la República es un órgano simple y unipersonal. El Consejo de Ministros es un órgano complejo, formado por el órgano presidencial y por el gabinete o cuerpo de Ministros, que constituye un órgano colegiado.

El artículo 190 de la Constitución enumera las principales atribuciones del Presidente de la República. Entre esas atribuciones, algunas tienen un contenido político, y otras, un contenido administrativo.

Las atribuciones presidenciales de contenido político, cuyo estudio corresponde al derecho constitucional, son las siguientes: Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias; dirigir al Congreso, personalmente o por uno de los Ministros, informes o mensajes especiales; participar en la formación de las leyes, mediante la iniciativa, la petición de reconsideración ante el Congreso, y la promulgación; dirigir las relaciones exteriores de la República, y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales; declarar el estado de emergencia y decretar la restricción o suspensión de las garantías constitucionales en los casos previstos en la Constitución; conceder indultos.

Examinemos las atribuciones de carácter administrativo. Algunas de ellas deben ser ejercidas en Consejo de Ministros; otras, en unión del Ministro o Ministros respectivos; otras, en fin, las ejerce por sí solo el Presidente de la República.

239. *Atribuciones administrativas que se ejercen en Consejo de Ministros*

El Presidente de la República ejercerá en Consejo de Ministros, por disposición constitucional, las siguientes atribuciones administrativas: la reglamentación de las leyes; la creación, supresión y modificación de los servicios públicos; la contratación de empréstitos; la expedición de créditos adicionales; y la celebración de contratos de interés nacional.

a) *Reglamentación de las leyes.* Según expusimos al tratar acerca de las fuentes del derecho administrativo, corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, el ejercicio de la potestad reglamentaria, esto es, la facultad de reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón. Los reglamentos dictados conforme a la atribución 10ª del artículo 190 de la Constitución son los reglamentos de ejecución, llamados también ejecutivos, subordinados o complementarios, destinados a facilitar la aplicación de las leyes, a completar sus preceptos. Los reglamentos son manifestaciones *secundum legem* del Poder Ejecutivo; forman una legislación secundaria, esto es, un conjunto de normas jurídicas de rango inferior a la ley; y deberán sujetarse estrictamente a las pautas de la ley reglamentada. Según se expuso anteriormente, no es necesario que las leyes contengan disposiciones en las cuales se invite al Poder Ejecutivo a reglamentarlas. Toda invitación a reglamentar es superflua. El Poder Ejecutivo tiene plena libertad para resolver sobre la conveniencia y oportunidad de reglamentar una ley; pero en caso de hacerlo, deberá respetar los límites que le señalen la Constitución y las leyes, y particularmente debe abstenerse de que sus disposiciones invadan la reserva legal, esto es, el conjunto de materias reservadas a la iniciativa del legislador.

b) *Creación, supresión y modificación de servicios públicos.* Corresponde también al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, decretar en caso de urgencia comprobada, durante el receso del Congreso, la creación y dotación de nuevos servicios públicos, o la modificación o supresión de los existentes, previa autori-

zación de la Comisión Delegada. Los servicios públicos a que se contrae esta atribución son los servicios públicos en sentido orgánico: las reparticiones administrativas, tales como Ministerios, Oficinas, Direcciones, Inspectorías, Embajadas, Consulados, etc. En principio la creación, modificación o supresión de los servicios públicos corresponde al Congreso, y sólo en casos excepcionales que no admitan dilación puede el Presidente ejercer esta atribución cuando concurran las siguientes circunstancias: receso del Congreso, urgencia comprobada de la medida y autorización previa de la Comisión Delegada. Esta atribución no autoriza en ningún caso al Presidente de la República para decretar la creación de institutos autónomos, porque éstos sólo pueden ser creados por ley.

c) *Negociación de empréstitos.* Corresponde igualmente al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, negociar los empréstitos nacionales. Según la Ley de Crédito Público, los empréstitos deberán tener por objeto arbitrar fondos o recursos para atender necesidades de interés nacional y realizar obras de utilidad pública. El Ejecutivo no podrá contratar ningún empréstito sino en virtud de autorización expresa que le acuerde el Congreso.

d) *Créditos adicionales.* Es también atribución del Presidente de la República, que debe ser ejercida en Consejo de Ministros, la de decretar créditos adicionales al presupuesto, previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta o de la Comisión Delegada. En principio, al Poder Ejecutivo corresponde la ejecución del presupuesto, dentro de los límites de los gastos aprobados, lo que significa que el Poder Ejecutivo no debe hacer gasto alguno que no haya sido autorizado en la Ley de Presupuesto. Es lo deseable que en todo el ejercicio fiscal no se hagan otros gastos que los aprobados en la Ley de Presupuesto. Sin embargo, ante la posibilidad de la urgencia de ordenar ciertos gastos no previstos en la citada Ley, o respecto de los cuales se haya fijado una partida insuficiente, queda facultado el Poder Ejecutivo, para decretar los respectivos créditos adicionales, previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta o de la Comisión Delegada. No se decretarán los créditos adicionales sin previo informe del Ministro de Hacienda, de que

existen recursos disponibles en el Tesoro para satisfacer las correspondientes erogaciones.

e) *Contratos de interés nacional.* Incumbe finalmente al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, resolver acerca de la celebración de contratos de interés nacional permitidos por la Constitución y las leyes. Como dijimos anteriormente al tratar sobre los contratos de la administración, éstos serán celebrados en representación de la nación, por el Procurador General de la República, si el Poder Ejecutivo, por órgano del Ministro respectivo, le hubiere comunicado instrucciones para ello. Por regla general, los contratos de interés nacional no podrán ejecutarse sin la aprobación del Congreso, dada en forma de ley. Se exceptúan del requisito de la aprobación, los contratos que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la ley. Entre los contratos conectados con el normal desarrollo de la administración se incluyen los contratos relativos a la ejecución de obras públicas y, por lo tanto, están libres de la formalidad de la aprobación del Congreso.

240. *Atribuciones administrativas que se ejercen con el Ministro del ramo*

Estas son: las de administrar la hacienda nacional; expedir nombramientos; convocar convenciones de Gobernadores; y fijar el contingente de las Fuerzas Armadas Nacionales.

a) *Administración de la hacienda nacional.* La hacienda nacional comprende los bienes, rentas y deudas que forman el activo y el pasivo de la nación. La suprema dirección y administración de la hacienda nacional corresponde al Presidente de la República, quien la ejerce por medio de los Ministros del Despacho. Cada uno de los Ministros tiene a su cargo el cuido de los bienes nacionales adscritos a su ministerio y, asimismo, el deber de vigilar la correcta recaudación e inversión de las rentas nacionales por los funcionarios de su dependencia. Además, cada Ministro prepara el proyecto de presupuesto de gastos de su respectivo departamento.

b) *Nombramientos.* Corresponde al Presidente de la República, de conformidad con la ley, nombrar y remover los funcionarios y empleados nacionales cuya designación no esté atribuida a otra autoridad.

Según la Constitución, las Cámaras Legislativas en sesión conjunta eligen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Contralor General y el Fiscal General de la República. La Ley Orgánica de Tribunales dispone que los jueces sean escogidos por la Corte Suprema de Justicia, de listas presentadas por el Ejecutivo Nacional. La Ley Orgánica de la Hacienda Nacional atribuye al Contralor el nombramiento y remoción del personal de la Contraloría. Las leyes relativas a los institutos autónomos y, en particular, la Ley de Universidades, contienen normas especiales acerca de la designación de funcionarios y empleados de esos institutos.

Fuera de los casos señalados y de lo estatuido expresamente en algún otro texto legal, los nombramientos de los agentes públicos nacionales son de la competencia del Presidente de la República. Los nombramientos del Procurador General de la República y de los jefes de misiones diplomáticas permanentes (Embajadores y Ministros Plenipotenciarios) no podrán expedirse sin la previa autorización del Senado o de la Comisión Delegada. Es costumbre que los nombramientos de los Gobernadores de los Estados, del Distrito Federal y de los Territorios Federales se hagan por decreto presidencial, refrendado por el Ministro de Relaciones Interiores. Los demás nombramientos de la administración nacional, inclusive los del Secretario de la Presidencia de la República, el Procurador General y Embajadores y Ministros Plenipotenciarios, se hacen por resoluciones ministeriales.

Como las facultades de nombramiento y remoción de funcionarios y empleados deben ejercerse "de conformidad con la ley", según expresa la Constitución, queda sujeto el Poder Ejecutivo a las limitaciones que resulten de las disposiciones legales y, en particular, de las normas que lleguen a dictarse sobre ingreso, ascensos y traslados en la ley de carrera administrativa prevista por la Constitución.

c) *Convenciones de Gobernadores.* Es potestativo del Presidente de la República, reunir en las oportunidades en que lo estime conveniente, a todos los Gobernadores de los Estados, el Distrito Federal y los Territorios Federales, o algunos de ellos, para la mejor coordinación de los planes y labores de la administración pública. La convocatoria se hará por órgano del Ministro de Relaciones Interiores.

d) *Contingente militar.* El Presidente de la República, por órgano de los Despachos de Relaciones Interiores y de la Defensa, fijará en la primera quincena de octubre de cada año el contingente anual ordinario para el Ejército y la Armada, correspondiente a cada uno de los Estados y Territorios y al Distrito Federal. Esta fijación servirá de base para los llamamientos a filas y la incorporación a las fuerzas armadas, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Servicio Militar Obligatorio.

241. *Atribuciones que el Presidente ejerce por sí solo*

El Presidente de la República ejerce por sí solo las atribuciones de nombrar y remover los Ministros del Despacho. Por cuanto los Ministerios son sus órganos directos, tanto en el desempeño de su gestión política como de su gestión administrativa, el nombramiento y remoción de los Ministros tiene un carácter mixto, esto es, un contenido a un tiempo político y administrativo.

242. *Los Ministros: noción general*

Con arreglo al art. 193 de la Constitución, "los Ministros son los órganos directos del Presidente de la República, y reunidos integran el Consejo de Ministros".

Los Ministros tienen un doble carácter. Individualmente considerados, son los jefes superiores de la administración de sus respectivos ramos, esto es, las autoridades máximas del grupo de servicios que integra cada departamento ministerial. Colectivamente considerados, son los miembros del Consejo de Ministros, que bajo la dirección del Presidente de la República, adopta decisiones de orden político y administrativo sobre diversos asuntos de interés nacional.

Según la Constitución, la ley orgánica determinará el número y organización de los ministerios y su respectiva competencia, así como la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros. Tales materias están reguladas actualmente por el Estatuto Orgánico de Ministerios, dictado por la Junta de Gobierno, el 30 de diciembre de 1950.

243. *Los Ministerios actuales*

Conforme al citado Estatuto, los ministerios del Despacho Ejecutivo son los siguientes:

Ministerio de Relaciones Interiores;
Ministerio de Relaciones Exteriores;
Ministerio de Hacienda;
Ministerio de la Defensa;
Ministerio de Fomento;
Ministerio de Obras Públicas;
Ministerio de Educación;
Ministerio de Sanidad y Asistencia Social;
Ministerio de Agricultura y Cría;
Ministerio del Trabajo;
Ministerio de Comunicaciones;
Ministerio de Justicia;
Ministerio de Minas e Hidrocarburos.

Según el expresado Estatuto, el Presidente de la República podrá, en receso de las Cámaras Legislativas, decretar, en Consejo de Ministros, la creación y dotación de nuevos ministerios, y atribuirles algunas de las funciones que actualmente corresponden a los despachos enumerados; e igualmente podrá, para la mejor administración, atribuir algunas de las funciones de un ministerio a otros de los ya creados, y modificar y suprimir alguno de los ministerios existentes. De acuerdo con lo expuesto al examinar las atribuciones presidenciales, y con vista de lo previsto en el ordinal 11º del artículo 190 de la Constitución actual, tales medidas sólo puede tomarlas el Ejecutivo durante el receso del Congreso, en caso de urgencia comprobada, y previa autorización de la Co-

misión Delegada. De lo contrario, la creación de nuevos ministerios y la modificación o supresión de los existentes no puede hacerse sino mediante ley.

El expresado Estatuto determina en forma precisa los distintos servicios atribuidos a la competencia de cada uno de los ministerios.

244. *Proceso histórico de la creación de ministerios*

En las constituciones venezolanas de 1830 y 1857 los órganos legales del Presidente tuvieron la denominación de Secretarios del Despacho, la cual fue sustituida por la de Ministro a partir de la Constitución federal de 1864.

Hasta 1857 las Secretarías fueron tres: una de Interior y Justicia; otra de Hacienda; y otra de Guerra y Marina. La Constitución de 1830 dispuso que el Ejecutivo agregaría a cualquiera de ellas el despacho de Relaciones Exteriores; y, en efecto, estuvo agregado a la Secretaría de Hacienda desde 1830 hasta 1851, y desde este año hasta 1857, a la Secretaría de Interior y Justicia.

En 1857 fue creada la Secretaría de Relaciones Exteriores, con lo cual las Secretarías del Despacho ascendieron al número de cuatro.

Por decreto de 25 de julio de 1863, dictado por el Mariscal Falcón, entonces Presidente Provisional, fue creada la Secretaría de Fomento.

En 1874, bajo el Septenio del Presidente Guzmán Blanco, fue creado el Ministerio de Obras Públicas; y en 1881, bajo el Quinquenio, el de Instrucción Pública.

Durante la presidencia del doctor Juan Bautista Pérez fue creado en 1930 el Ministerio de Salubridad, Agricultura y Cría, dividido en 1936 por el Presidente López Contreras en los actuales Ministerios de Sanidad y Asistencia Social y de Agricultura y Cría.

El mismo Presidente López Contreras decretó en 1936 la creación del Ministerio de Comunicaciones, al cual anexó al año siguiente el ramo del Trabajo.

Por decreto Nº 4 de fecha 21 de octubre de 1945 la Junta Revolucionaria de Gobierno separó los servicios públicos atribuidos al Ministerio del Trabajo y de Comunicaciones en dos departamentos: desde entonces funcionan separadamente el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Comunicaciones.

En el Estatuto de Ministerios de 30 de diciembre de 1950, la Junta de Gobierno creó el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Minas e Hidrocarburos.

Queda así expresado el origen de los trece ministerios que en la actualidad existen. Durante la segunda mitad del siglo pasado fueron creados y suprimidos el Ministerio de Crédito Público y el de Correos y Telégrafos.

245. *El Consejo de Ministros*

El Consejo de Ministros está constituido por las siguientes personas: el Presidente de la República, quien lo presidirá; los Ministros; el Gobernador del Distrito Federal, quien tendrá voz y voto en lo relativo al Gobierno del Distrito Federal; y el Secretario del Presidente de la República, quien actuará como Secretario del Consejo.

El Presidente de la República podrá designar a un Ministro para que presida las sesiones del Congreso, cuando no pueda asistir a ellas; pero en este caso las decisiones tomadas no serán válidas si no son confirmadas por el Presidente de la República (artículo 193 de la Constitución).

De las decisiones del Consejo de Ministros serán solidariamente responsables los Ministros que hubieren concurrido, salvo aquellos que hayan hecho constar su voto adverso o negativo (artículo 196 de la Constitución).

El Presidente de la República deberá convocar al Consejo de Ministros en los casos en que la materia que haya de tratarse lo

requiera, según disposición de la Constitución, de las leyes o de los reglamentos; y podrá convocarlo siempre que el Presidente lo estime conveniente.

Dispone el citado Estatuto Orgánico que "el Consejo de Ministros actuará por lo menos con las dos terceras partes de sus miembros; y que en caso de que el Presidente estime urgente la consideración de uno o determinados asuntos, el Consejo podrá funcionar con la mayoría absoluta de sus miembros" (art. 6º). A nuestro parecer, para la apreciación de estas mayorías no deben contarse ni la presencia del Secretario de la Presidencia, quien no tiene derecho de voz ni de voto en el Consejo, ni la del Gobernador del Distrito Federal, quien sólo tiene esos derechos, como queda indicado, en lo relativo al gobierno del distrito.

Conforme al referido Estatuto (art. 8º) las deliberaciones del Consejo son secretas; y de toda reunión del mismo se levantará un acta por el Secretario, quien la asentará en un libro especial, una vez que haya sido aprobada, y la autorizará con su firma (art. 9º).

246. *Atribuciones comunes de los Ministros del Despacho*

El Estatuto Orgánico de Ministerios enumera las atribuciones que corresponden a cada Ministro en los ramos de la competencia de su Despacho. Entre esas atribuciones, debemos hacer mención especial de las siguientes: refrendar los decretos que dicte el Presidente; suscribir los actos del Despacho a su cargo, con facultad de autorizar a altos funcionarios del Ministerio para que firmen por él conforme se determine en el reglamento del expresado Estatuto; cumplir y hacer cumplir las órdenes que le comunique el Presidente de la República; asistir a las sesiones del Consejo de Ministros, y opinar y votar sobre los asuntos que se sometan a dicho Cuerpo; someter al Consejo de Ministros todos los asuntos que deban ser considerados por dicho cuerpo; dar cuenta al Presidente de todos los asuntos que por su importancia lo merezcan; ejercer la administración, inspección, fiscalización y resguardo de los bienes y ramos de renta adscritos a su Departamento; la de

ordenar los gastos de su Departamento; y la de presentar anualmente al Congreso, la Memoria y Cuenta.

247. *Firma de los decretos y resoluciones*

Según la Constitución (art. 190 *in fine*) los actos del Presidente de la República, con excepción de los señalados en los ordinales 2º y 3º de ese mismo artículo, deberán ser refrendados para su validez por el Ministro o Ministros respectivos. Los actos exceptuados del refrendo ministerial son: el nombramiento y remoción de Ministros; y los que efectúe el Presidente de la República, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales, en ejercicio de la suprema autoridad jerárquica en ellas.

Se entiende por "refrendo" la firma puesta en los decretos, al pie de la del Jefe de Estado, por los Ministros, que así completan la validez de aquéllos.

Las decisiones unilaterales del Poder Ejecutivo revisten dos formas: la del decreto y la de la resolución.

El decreto es "la forma más solemne en que se manifiesta la potestad de mando". Todo decreto es encabezado con el nombre del Presidente de la República, y lleva su firma. Según queda expresado, los decretos deben ser refrendados por el Ministro o Ministros a quienes corresponde la materia, salvo los actos ya expresados, no sujetos a la formalidad del refrendo. La Constitución exige, como una garantía de legitimidad, y salvo las excepciones indicadas, la concurrencia de los órganos ministeriales, en los actos emanados del Presidente de la República.

Se reserva la forma del decreto para los actos de mayor importancia, propios de las prerrogativas del poder supremo. La Constitución y las leyes determinan ciertos actos que necesariamente han de revestir la forma del decreto: tales son, por mandato constitucional, la creación y dotación de nuevos servicios públicos; la expedición de créditos adicionales, y la suspensión y restricción de garantías; y por mandato legal, la expulsión de extranjeros

(Artículo 40 de la Ley de Extranjeros), la determinación de los inmuebles por expropiar para la ejecución de una obra de utilidad nacional (Artículo 11 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social), y la orden de cese de los conflictos colectivos del trabajo (Artículo 231 de la Ley del Trabajo). Otros actos del Poder Ejecutivo, por su importancia extraordinaria, se hacen usualmente en forma de decreto, aunque ningún texto legal lo imponga; tal como ocurre con la convocatoria del Congreso a siones extraordinarias y el nombramiento de Gobernadores de Estados, del Distrito Federal y de los Territorios Federales.

Las resoluciones son las medidas dictadas por los Ministros sobre materias propias de su competencia, en cumplimiento de órdenes dadas por el Presidente de la República. Es corriente expresar en el texto de estas providencias que han sido dictadas por disposición del Presidente de la República y resolución del Despacho respectivo. Llevan únicamente la firma del Ministro. Cuando la materia de la resolución corresponde a más de un departamento, deberá ser suscrita por todos los ministros a quienes concierna el asunto. La resolución es la forma usada para los nombramientos (salvo los de Ministros y Gobernadores) y para los permisos, multas, exoneraciones, y la mayoría de los actos administrativos.

Según el Estatuto Orgánico de Ministerios (art. 10, ordinal 9º), cada Ministro podrá, conforme se determine en el reglamento, autorizar a altos funcionarios de su Despacho para que firmen por él; pero el reglamento de la Ley de Ministerios limita ese poder de delegación así: sólo los Directores pueden ser autorizados, y únicamente para suscribir las circulares y comunicaciones destinadas a las oficinas dependientes del Despacho y la correspondencia dirigida a particulares y a los funcionarios subalternos de las distintas ramas del poder público. Las resoluciones deben ser siempre firmadas por el propio Ministro.[1]

---

1. Por excepción, en el Ministerio de Hacienda, ciertas resoluciones pueden ser firmadas por el Director General. En efecto, conforme al decreto Nº 77 de 8 de marzo de 1958, dictado por la Junta de Gobierno, el Director General

248. *Intervención de los Ministros en la elaboración y ejecución del Presupuesto*

Los Ministros ejercen atribuciones de gran importancia en la preparación y ejecución de la Ley de Presupuesto. La iniciativa en materia de la Ley de Presupuestos corresponde, según práctica generalizada en los distintos países, al Poder Ejecutivo, por hallarse en posición adecuada para apreciar las necesidades nacionales y calcular los recursos financieros que esas necesidades demandan. En Venezuela cada Ministro prepara el proyecto de presupuesto de gastos de su respectivo despacho; y el de Hacienda, además, el proyecto de presupuesto de rentas de la nación. Las observaciones y objeciones que se hagan entre sí los Ministros serán consideradas y resueltas en Consejo, en el cual quedará definitivamente formulado el Proyecto de Presupuesto de Rentas y Gastos Públicos que el Poder Ejecutivo por órgano del Ministro de Hacienda presentará a la Cámara de Diputados el día 2 de octubre de cada año. En el último año del período constitucional el proyecto deberá ser presentado el 1º de julio. El proyecto así introducido sufrirá la tramitación que corresponde a las leyes, mediante discusiones en ambas Cámaras. Estas podrán alterar las partidas presupuestarias; pero no podrán autorizar gastos que excedan de las estimaciones de ingresos en el respectivo proyecto de ley de Presupuesto. El período legal de ejecución del presupuesto es el año económico, que comienza el primero de enero de cada año y termina el 31 de diciembre del mismo año. Si para el 1º de enero no se hubiere sancionado el presupuesto del año económico que principia ese día, el presupuesto anterior continuará vigente hasta que el nuevo sea promulgado.

Los Ministros son los ejecutores del Presupuesto, esto es, los ordenadores de los gastos públicos. Son las únicas personas autorizadas para librar órdenes de pago a cargo de las partidas del Presupuesto.

---

de dicho Ministerio ejercerá, por delegación del Ministro, las atribuciones de este último concernientes a varias materias determinadas en el citado decreto y, en tal caso, podrá suscribir las resoluciones dictadas dentro del ámbito de la delegación.

El Presupuesto de Gastos se divide en Departamentos y se distribuye en Capítulos, los cuales a su vez se subdividen en partidas, con la correspondiente especificación de los gastos acordados a cada partida. Cada Departamento comprende todos los créditos de que puede hacer uso el respectivo Ministro, de acuerdo con los servicios que sean de su competencia.

Los Ministros expedirán las órdenes de pago, dirigidas al Tesorero de la Nación. Dichas órdenes únicamente podrán ser libradas a cargo de una partida de la Ley de Presupuesto, o de un crédito adicional legalmente decretado.

248A. *La Memoria y Cuenta*

Dispone la Constitución (art. 197) que cada Ministro presentará a las Cámaras en sesión conjunta, dentro de los diez primeros días de sus sesiones ordinarias, una Memoria razonada y suficiente sobre la gestión del Despacho en el año civil inmediatamente anterior y sobre sus planes para el año siguiente; y que presentará también la cuenta de los fondos que hubiere manejado. Las Memorias correspondientes al último año del período constitucional deberán ser presentadas dentro de los cinco primeros días siguientes a la instalación del Congreso.

Según preceptos tradicionales, que conserva el Estatuto Orgánico de Ministerios, la aprobación impartida a la Memoria no comprende la de los contratos de interés nacional y demás actos contenidos en ella que requieran especial aprobación legislativa; y en ningún caso la aprobación de la Memoria libera de responsabilidad a los Ministros en los casos que afecten derechos de terceros, a quienes queda expedita la vía judicial.

Salvo las expresadas limitaciones, la legislación venezolana reconocía a los acuerdos aprobatorios de la Memoria y de la Cuenta, la autoridad de la cosa juzgada. No podía en ningún caso exigirse responsabilidad penal ni darse voto de censura a un Ministro por actos de los cuales hubiere dado cuenta en su respectiva Memoria aprobada, salvo el caso de fraude; y la aprobación im-

partida a la Cuenta tenía carácter definitivo e irrevocable, salvo el caso de error material o de fraude. Tales principios, contenidos en los artículos 12 y 17 del Estatuto Orgánico de Ministerios, han sido implícitamente derogados por la nueva Constitución, según la cual "ningún pronunciamiento de los cuerpos legislativos sobre las Memorias y Cuentas libera de responsabilidad al Ministro por los actos del respectivo Despacho", y "en todo caso, y mientras no se haya consumado la prescripción, podrán aquéllos proceder a la investigación y examen de dichos actos, aun cuando éstos correspondan a ejercicios anteriores" (art. 198).

249. *Los Ministros de Estado*

La Constitución actual autoriza al Presidente de la República para nombrar Ministros de Estado, sin asignarles despacho determinado. Además de participar en el Consejo de Ministros y de asesorar al Presidente de la República en los asuntos que éste les confíe, los Ministros de Estado podrán tener a su cargo las materias que les atribuyan por ley. Según la Exposición de Motivos presentada por los proyectistas de la Constitución, tales funcionarios desempeñarían en el gobierno y la administración nacionales un rol parecido al que juegan en Francia y en los Estados Unidos, los Ministros de Estado y los Asistentes del Presidente de la República. Hasta ahora no se ha dictado ley alguna que haya atribuido materias a los posibles Ministros de Estado, y el Presidente no ha ejercido la facultad de nombrar Ministros de esa categoría. En Francia y algunos otros países, especialmente de régimen parlamentario, los Ministros de Estado son, por lo general, políticos influyentes que aportan al gobierno su autoridad moral y su prestigio, pero no tienen la dirección de un departamento ministerial, por lo cual a menudo se les llama "ministros sin cartera". Por cuanto no dirigen servicios públicos, tienen un carácter netamente político.

CAPITULO XXXI

LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

250. *La Contraloría, órgano auxiliar del Congreso*

En los países organizados según el sistema de la democracia representativa corresponde al cuerpo legislativo ejercer el control de la administración de los bienes de la nación, actividad esta última confiada al Poder Ejecutivo. Este principio lo consagra entre nosotros el último aparte del artículo 139 de la Constitución, según el cual, además de ejercer la función legislativa, "el Congreso ejerce también el control de la Administración Pública Nacional en los términos establecidos por esta Constitución".

Ahora bien, el ejercicio directo del control fiscal por el Con-greso ofrecería en la práctica multitud de dificultades, tanto por la falta de tiempo disponible para el desempeño de sus labores, como por la ausencia de carácter técnico de los cuerpos legislativos, y sus preocupaciones principalmente políticas. Así lo hizo constar en 1947 en informe rendido ante la Asamblea Constituyente, una comisión especial de la misma.[1] En el expresado informe se leen las siguientes consideraciones: "Para el Congreso no es fácil el realizar directamente ese control, por no decir que imposible. Los parlamentos modernos, sometidos a tantas fluctuaciones, desprovistos generalmente de las competencias técnicas indispensables, no están en capacidad de cumplir esas obligaciones. Sin un auxiliar, el control legislativo carecería de una base eficaz. El control legislativo exige un examen previo detallado de las cuentas individuales y una verificación de las piezas justificativas de cada gasto. De ahí, el sistema de facilitar el control legislativo con la ayuda de un organismo auxiliar cuya misión especial sería preparar, por la verificación de las contabilidades individuales, los

1. Dicha Comisión estuvo presidida por el diputado doctor Elbano Provenzali Heredia.

elementos del control supremo del Parlamento, sobre la ejecución del presupuesto".

Conforme al criterio expuesto en el expresado informe, en la Constitución dictada en 1947 quedó definido el carácter de la Contraloría como órgano auxiliar del Congreso. Asimismo el artículo 236 de la Constitución actual declara que "la Contraloría General de la República es órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública".

251. *Autonomía funcional de la Contraloría*

La disposición constitucional anteriormente citada expresa en su parte final que la Contraloría gozará de autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones.

La autonomía funcional o independencia de la Contraloría significa que dicho organismo no está sujeto a recibir instrucciones de ninguna de las ramas del Poder Público. Esa independencia está asegurada por la inamovilidad del Contralor, que es elegido por todo el período constitucional, y por el hecho de que los demás funcionarios y empleados de la Contraloría son designados libremente por el Contralor.

Pero lo más importante, si se atiende a los fines de la institución, es que la Contraloría funcione con entera independencia de la administración activa, esto es, del Presidente de la República y sus Ministros, cuyas actividades en orden a la hacienda nacional fiscaliza y controla.

252. *La Contraloría, órgano de vigilancia*

Según la Constitución, corresponde a la Contraloría General de la República, el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos.

Si bien es cierto que la Contraloría ha de funcionar con plena independencia de la administración activa, también es ver-

dad que debe limitarse a cumplir sus funciones legales de vigilencia, sin invadir el campo propio de dicha administración. La Constitución demarca con toda claridad el dominio de las funciones encomendadas al Poder Ejecutivo y a la Contraloría: el primero, administra; la segunda, vigila.

Los fines perseguidos por el Poder Ejecutivo al celebrar un contrato de obra pública o al adquirir ciertos bienes pueden ser o no convenientes a la colectividad, la idoneidad de la empresa a la que se encomienda la ejecución de una obra determinada puede ser discutible; pero la Contraloría carece de facultad para objetar las decisiones del Poder Ejecutivo en esos aspectos, porque ello equivaldría a una usurpación de las atribuciones propias de las autoridades administrativas.

Al estudiar un contrato de obra pública, la Contraloría verificará si los precios establecidos en él son o no justos y razonables, de acuerdo con los precios corrientes en el momento de la celebración. Igualmente al examinar un proyecto de adquisición de un inmueble o un contrato de suministros, la Contraloría averiguará si los precios estipulados en uno y otro caso son justos y razonables. Al revisar una orden de pago librada por uno de los Ministros, corresponde a la Contraloría determinar si está debidamente imputada a una partida de la Ley de Presupuesto o a un crédito adicional legalmente acordado, y si el pago corresponde o no a un servicio realmente prestado a la nación o a bienes efectivamente adquiridos por ella. En ninguno de esos casos la Contraloría está autorizada para calificar la *conveniencia* de la labor emprendida, la *bondad* de los fines a los cuales se encamina la acción del Ejecutivo, ni la *idoneidad* de los medios empleados por éste para el logro de esos fines.

Tan interesante asunto de la administración pública fue expuesto hace muchos años por un alto funcionario de la Contraloría, en los términos que siguen: "Tienen especial interés para la Contraloría la demarcación clara de sus funciones fiscalizadoras con respecto a las funciones que incumben al Ejecutivo como Administrador de la Hacienda Nacional: no puede por

ningún concepto invadir o mezclarse en la materia administrativa, esto es, actuar en lo que sea función privativa del Administrador, porque, si así lo hiciera, perdería *ipso facto* el carácter de fiscalizadora de la Hacienda Nacional".[2]

En el desempeño de su misión fiscalizadora corresponde a la Contraloría velar por que los órganos del Poder Ejecutivo desenvuelvan su acción con estricta sujeción a los preceptos legales, las órdenes de pago libradas contra el Tesoro se mantengan dentro de los precisos límites fijados en la Ley General de Presupuesto, las sumas que han de ingresar al Tesoro, por impuestos y otros conceptos, sean oportunamente recaudadas y, en general, por que la administración de la hacienda nacional se realice con exacto cumplimiento de los preceptos legales, y en caso de que sean desatendidos esos preceptos, toca a la Contraloría dar el aviso oportuno y hacer la denuncia pertinente, para que sean subsanados los daños causados a la hacienda pública, y en caso de aparecer hechos punibles, sean sancionados los culpables.

253. *Creación de la Contraloría*

La Contraloría General de la República tuvo un origen legal. Fue creada en 1938, mediante una reforma de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional. A partir de la reforma de la Constitución efectuada en el año de 1947, pasó a ser un órgano de carácter constitucional.

Con anterioridad a la creación de la Contraloría, funcionaba en Caracas, bajo la dependencia del Ministerio de Hacienda, la Contaduría General de Hacienda, que tenía por objeto la centralización de las cuentas e ingresos y egresos de todas las oficinas que manejan ramos de la hacienda nacional y la cuenta de bienes nacionales, y el examen de dichas cuentas. Esta Contaduría se dividía en dos Salas, denominadas Sala de Centralización y Sala de Examen.

2. Rafael Martínez Mendoza. *Consideraciones sobre laContraloría General de la Nación*. Citado por Tomás Polanco en su tesis de Doctorado "La Administración Pública".

Al ser creada la Contraloría, en 1938, quedó eliminada la Contaduría General de Hacienda. Sus dos Salas, junto con la Sala de Control, creada por la reforma legal, integraron el nuevo organismo, dotado desde entonces de autonomía funcional.

254. *El Contralor General*

Conforme a la Constitución, la Contraloría actúa bajo la dirección y responsabilidad del Contralor General de la República. Para ser Contralor se requiere ser venezolano por nacimiento, mayor de treinta años y de estado seglar. El Contralor es elegido por las Cámaras Legislativas en sesión conjunta, dentro de los primeros treinta días de cada período constitucional. En caso de falta absoluta del Contralor, las Cámaras en sesión conjunta procederán a nueva elección por el resto del período constitucional.

Las faltas temporales y las accidentales del Contralor General y la interinaria, en caso de falta absoluta, mientras se provea la vacante, serán llenadas en la forma que determine la Ley. Conforme a la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, esas faltas serán suplidas por el Subcontralor.

La misma Ley confiere al Contralor General, facultad para nombrar y remover libremente el personal de la Contraloría, sin perjuicio de lo que disponga la ley que se dicte sobre carrera administrativa de acuerdo con lo previsto en la Constitución.

255. *Las Salas de la Contraloría*

La Contraloría, según expresamos anteriormente, consta de tres Salas, a saber: la Sala de Control, la Sala de Centralización y la Sala de Examen.

El Contralor General es el Presidente nato de las tres Salas; pero éstas, en su funcionamiento ordinario, están presididas así: la de Centralización, por uno de los contadores, llamado Primer Contador; la de Examen, por uno de los examinadores, llamado Primer Examinador; y la de Control, por el Subcontralor.

256. *La Sala de Control*

Corresponde a esta Sala:

a) El control *a priori* o *preventivo* de los gastos e inversiones de fondos y de bienes de toda la administración, no sólo en cuanto a su *legalidad,* sino también en cuanto a la *sinceridad* de las operaciones; y el *control perceptivo* de la administración.

El control previo o preventivo envuelve: el control sobre los compromisos que afecten al presupuesto nacional, y el control de las órdenes de pago libradas contra la Tesorería Nacional.

En el ejercicio del *control sobre los compromisos* que ha de contraer el Fisco nacional, han de seguirse las reglas que a continuación se exponen: Los órganos del Poder Ejecutivo, antes de proceder a la celebración de contratos, deberán someter los proyectos respectivos a la aprobación de la Contraloría. Esta procurará que en los suministros de toda clase de bienes, en los servicios personales prestados a la administración y, en general, en todos los contratos en que ésta intervenga, se estipulen precios justos y razonables, y se presten, según el caso, las garantías que se juzguen necesarias. Para el cabal ejercicio de esta atribución, la Sala de Control se mantendrá informada de los precios corrientes y actualizados de los efectos, materiales y demás bienes y servicios regularmente suministrados a la administración pública. Sin la aprobación de la Sala de Control no tendrán ningún efecto los contratos que celebre el Ejecutivo Nacional, del cual resulten compromisos económicos para el Fisco. Quedan exentos del control previo, pero sujetos al control *a posteriori* sobre legalidad y sinceridad del gasto, los contratos que determine la Contraloría, siempre que el monto de los mismos no exceda de cinco mil bolívares (Bs. 5.000,00). Por resolución de fecha 11 de enero de 1961, la Contraloría fijó en dos mil bolívares (Bs. 2.000,00) la cantidad límite por la cual el Poder Ejecutivo puede hacer adquisiciones individuales y celebrar contratos sin solicitar previamente la aprobación de aquel organismo.

En el ejercicio del *control previo sobre las órdenes de pago*

han de ser acatadas las pautas que seguidamente se indican. Las órdenes de pago contra la Tesorería son libradas por los Ministros del Despacho, únicos funcionarios investidos por la ley, de la facultad de expedirlas. Las órdenes de pago deberán ser escritas, selladas, firmadas por el Ministro del respectivo Despacho, numeradas en serie continua por cada semestre, y expresarán: el nombre del acreedor, el lugar donde habrá de hacerse el pago, la cantidad que debe pagarse, en letras y guarismos, el motivo del gasto suficientemente especificado, el plazo para hacer el pago, y la imputación, que comprenderá las menciones del presupuesto, el departamento, el capítulo y la partida a que corresponde la orden, o el crédito adicional, si fuese el caso. Antes de efectuarse el pago, todas las órdenes emitidas por los funcionarios ordenadores deben ser remitidas a la Contraloría para su revisión, a los efectos de su conformidad por el Contralor General, circunstancia sin la cual no podrán ser pagadas. La Sala de Control lleva a cabo la revisión de las expresadas órdenes, la cual tendrá por objeto asegurarse de *la legalidad de la orden,* esto es, de que esté debidamente imputada a un crédito del presupuesto o a un crédito adicional legalmente acordado y de que en ella se han cumplido todos los requisitos establecidos en la ley sobre la ordenación; y, además, de la *sinceridad de la orden,* es decir, si corresponde a una acreencia efectiva de su titular, y si no es exagerado su monto. Objetada una orden de pago y no rectificada por el Ministro ordenador, corresponderá al Consejo de Ministros decidir acerca de la objeción. Si el Consejo de Ministros ratificare la orden, el Contralor deberá darle curso y estampar al pie de la misma, constancia de lo decidido por aquél, indicando la fecha del respectivo acuerdo. El Contralor General, en su próximo informe anual, dará cuenta al Congreso de lo ocurrido, para su debido conocimiento.

El control perceptivo de la administración tiene por objeto verificar objetivamente en el lugar de los hechos, todas las operaciones que de alguna manera se relacionan con la liquidación y recaudación de las rentas, el manejo e inversión de los fondos nacionales, la administración de los bienes, su adquisición y ena-

jenación. Esa verificación tiene por finalidad no sólo la comprobación de la sinceridad de los hechos en cuanto a su efectiva realización, sino también para examinar si los registros y sistemas contables respectivos se ajustan a las disposiciones legales y a las técnicas prescritas. La Sala de Control, por medio de un Contralor Delegado u otro empleado de la Sala designado al efecto, o de un comisionado especial, cuando el Contralor General o la misma Sala lo estimen conveniente, podrá practicar inspecciones extraordinarias en cualquier oficina sujeta a la inspección de la Contraloría a objeto de hacer las comprobaciones expresadas.

Los funcionarios y empleados públicos en todas las oficinas de la administración están obligados a dar facilidades a los empleados de inspección, para el debido cumplimiento de su cometido. En consecuencia, pondrán a la orden de los mismos, los libros de contabilidad, los comprobantes, las cajas, depósitos y almacenes, para la realización de revisiones contables, arqueos de fondos, inventarios de bienes y demás comprobaciones que se juzguen necesarias.

257. *La Sala de Centralización*

Esta Sala centraliza las cuentas de todas las oficinas de hacienda y de las que por la ley están obligadas a llevar cuentas de materiales; debe velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, instrucciones y modelos sobre contabilidad y comprobantes, y mantener la debida uniformidad en el modo de llevar las cuentas.

En dicha Sala se deben archivar y conservar las escrituras, títulos de propiedad de bienes inmuebles, documentos relativos a los créditos existentes a favor de la nación y todos los expedientes y documentos de cualquier clase que acrediten propiedad, derechos o acciones de la nación, con excepción de los valores comerciales, que se depositarán en la Tesorería Nacional.

Entre las más importantes atribuciones de esta Sala, figuran las de centralizar las cuentas de todas las oficinas de administración de rentas y de bienes nacionales; centralizar las cuentas de

los ordenadores de pagos; centralizar las cuentas del Tesoro, confrontarlas con las cuentas anteriormente expresadas, y comunicar a la Sala de Examen las divergencias que se observen, con las notas explicativas necesarias.

Conviene explicar tales atribuciones. Las rentas son los ingresos del Tesoro; las órdenes de pago, que expiden los Ministros con cargo al presupuesto o a créditos adicionales, originan, en cambio, egresos del Tesoro. En la Sala de Centralización desembocan a un tiempo varios tipos de cuentas: por una parte, las cuentas de los administradores de rentas, relativas a los ingresos obtenidos por el Tesoro; por otra, las cuentas de los ordenadores de pagos, relativas a las órdenes libradas por ellos y, por lo tanto, a los egresos causados; y, en fin, las cuentas de la Tesorería Nacional, concernientes tanto a los ingresos de dinero, como a los pagos efectuados, es decir, a las entradas y salidas. En dicha Sala se deberá hacer la confrontación de unas y otras cuentas, con objeto de verificar si guardan conformidad entre sí, o si se advierte en ellas alguna divergencia, lo que sería necesario investigar, porque podría revelar la comisión de un fraude.

También corresponde a la Sala de Centralización verificar si las oficinas de administración asientan en sus oportunidades las liquidaciones relativas a las cuotas fijadas que periódicamente han de ingresar al Tesoro en virtud de contratos o por otros motivos. A este efecto, el Ministerio de Hacienda debe comunicar a la Sala los datos relativos a dichos contratos o actos que den lugar a pagos periódicos. Caso de que la Sala encuentre que no han sido liquidadas tales cuotas, lo comunicará al Ministerio de Hacienda y al Contralor, a fin de que se hagan efectivas.

Igualmente es deber de la Sala de Centralización avisar al Ministro de Hacienda y al Contralor General, para que éste, a su vez, dé aviso a la Sala de Examen, de los pagos hechos ilegalmente por cuenta del Tesoro Nacional que lleguen a conocimiento de la Sala por el examen de cuentas o por cualquier otro medio, así como de las sumas que se deban al Tesoro, a fin de que proceda a hacer el reparo y obtener el reintegro o pago correspondiente.

La Sala de Centralización lleva un registro de todos los empleados nacionales que devenguen sueldos u otras remuneraciones, debidamente identificados, con indicación de la fecha del nombramiento, y el sueldo o remuneración correspondiente. A ese efecto, todo nombramiento debe ser comunicado por el funcionario que lo haga a la Contraloría. La ley prohibe pagar sueldo a los empleados cuyos nombramientos no hayan sido registrados en la Contraloría.

258. *La Sala de Examen*

Esta Sala tiene a su cargo el control *a posteriori* de las operaciones relativas a los ingresos y gastos públicos y a la administración de los bienes nacionales. Dicho control tiene por objeto determinar si se han cumplido las disposiciones legales pertinentes y no se han causado daños al Fisco, y ello con la finalidad de lograr que los hechos ilícitos sean sancionados, y reparados los daños causados al mismo; que se subsanen las omisiones, incorrecciones o negligencias perjudiciales al erario público y a la buena marcha de la administración y, en fin, que en el manejo de los fondos públicos y, en general, en la administración de la hacienda pública se proceda con rigurosa corrección.

La Sala de Examen recibe las cuentas de aquellos funcionarios obligados a rendirlas en razón de ser administradores, recaudadores o ejercer la custodia de fondos u otros bienes nacionales. En caso de no ser presentadas dichas cuentas, la Sala deberá exigirlas.

La Sala verificará la conformidad de las cuentas con sus comprobantes. Su examen abarcará la legalidad de las operaciones comprendidas en la cuenta, así como la sinceridad de las mismas.

Como resultado del expresado examen de cuentas, la Sala las aprobará o improbará. En el primer caso, expedirá el correspondiente finiquito; en el segundo, formulará los reparos a que hubiere lugar.

259. *Los gastos secretos del Estado*

Son gastos secretos del Estado aquellos cuya divulgación puede perjudicar la seguridad del Estado y el interés nacional. La ley considera que en esa categoría pueden hallarse ciertas erogaciones del Ministerio de Relaciones Interiores y las erogaciones e inversiones del Ministerio de la Defensa, relativas a la adquisición de material de guerra, inclusive el material naval y aeronáutico, así como a la movilización y transporte de tropas y al servicio de informaciones.

Las funciones de control y examen de la *sinceridad* de las órdenes de pago relativas a los gastos secretos no son ejercidas por la Sala de Control, sino *personalmente* por el Contralor General y el Subcontralor. La Sala de Control conserva con respecto a tales erogaciones e inversiones las funciones concernientes al control de la *legalidad.*

260. *Los informes de la Contraloría*

Por mandato de la Constitución, el Contralor General está obligado a presentar al Congreso un informe anual. El informe contendrá una exposición acerca de la actuación de la Contraloría durante el año económico inmediatamente anterior a la reunión del Congreso. El Contralor General deberá, además, presentar los informes que en cualquier momento le soliciten el Congreso y el Ejecutivo Nacional.

CAPITULO XXXII

LOS ORGANOS CONSULTIVOS DE LA ADMINISTRACION

261. *Noción general*

Los órganos consultivos no adoptan ni ejecutan decisiones, ni ejercen funciones de voluntad, sino de inteligencia o apreciación técnica: ilustran con sus dictámenes, opiniones y consejos, el criterio de los órganos activos, que los consultan obligatoria o facultativamente, según lo disponga el ordenamiento jurídico. Son, según la frase de Lentini, "órganos llamados a iluminar con su parecer a los órganos administrativos activos en la preparación de determinados actos que deben adoptar".

Los órganos consultivos son ordinariamente colegiados. "La acción debe ser obra de uno sólo; el consejo, de varios", proclama un antiguo principio de administración. El consejo, el dictamen, deben ser el fruto de la reflexión de varios individuos, el resultado del cruce de ideas entre aquellos que tengan idoneidad en el asunto o asuntos que hayan de ser sometidos a examen.

En todas las épocas las personas que han ejercido la más alta autoridad administrativa en un país han sentido la necesidad del asesoramiento de determinados órganos, para la solución de los asuntos de mayor gravedad. En las monarquías absolutas de Europa existían desde la Edad Media los *Consilia Regis,* o Consejos del Rey, esto es, cuerpos de consejeros que asesoraban a aquél para la decisión de los asuntos del Estado. En Francia existe, desde el Consulado, el Consejo de Estado, que es hoy, al mismo tiempo que un Tribunal, el más importante órgano de consulta de la administración francesa. En Italia el Consejo de Estado y en España el Consejo del Reino son los más altos cuerpos consultivos de la administración.

262. *Antecedentes venezolanos*

En Venezuela funcionó, en diferentes épocas, un órgano consultivo de alto nivel, el Consejo de Gobierno, cuya composición, modo de elección y atribuciones han sido variables.

En las Constituciones de 1830 y de 1857 se ordena que el Consejo de Gobierno se componga del Vicepresidente de la República, quien lo presidirá, de los Secretarios del Despacho y de cinco consejeros, a saber: un miembro de la Corte Suprema de Justicia, nombrado por ella; y cuatro consejeros, nombrados por el Congreso. En la Constitución de 1830 el Consejo de Gobierno tuvo un carácter mixto, pues tuvo atribuciones como órgano de consulta y de decisión. Le correspondía prestar o no su consentimiento para el ejercicio de ciertas atribuciones presidenciales, tales el nombramiento de funcionarios diplomáticos y consulares, la expedición de patentes de navegación y de corso, la destitución de empleados y la conmutación de la pena capital. Estas funciones, enteramente extrañas a un órgano consultivo, desaparecieron en la reforma constitucional de 1857.

En las Constituciones de 1881 y 1891 se regula la organización y atribuciones de un Consejo Federal, compuesto de diecinueve miembros, a saber: un senador y un diputado por cada uno de los Estados de la Unión, que eran entonces nueve, y un diputado por el Distrito Federal, escogidos por el Congreso cada dos años. El Consejo Federal tiene un acentuado carácter político. No puede verse en él un órgano de apreciación técnica. No es, pues, un órgano consultivo. Su más importante atribución consiste en elegir de su seno al Presidente de la República. Además, comparte con el Jefe de Estado el ejercicio de numerosas atribuciones, que el Presidente no puede ejercer por sí solo, sino con el voto deliberativo del Consejo Federal.

En la Constitución de 1893 reaparece el Consejo de Gobierno, esta vez integrado por nueve vocales, nombrados por el Congreso, de su seno o de fuera de él. Como en la Constitución de 1830, este Consejo de Gobierno tiene atribuciones mixtas, como órgano

de consulta y de decisión. Le corresponde, en efecto, prestar o negar su asentimiento para que el Presidente de la República pueda ejercer sus atribuciones relativas al uso de la fuerza pública, a la celebración de contratos de interés nacional, a la expulsión de extranjeros o a la prohibición de la entrada de los mismos al territorio nacional. Además de esas funciones, el Consejo de Gobierno emite su voto consultivo en los casos determinados en la Constitución, y en cualquier otro asunto relacionado con la administración general que se someta a su estudio.

Suprimido el Consejo de Gobierno en la Constitución de 1901, se introduce de nuevo en la de 1909, para desaparecer definitivamente en el Estatuto Constitucional Provisorio de 1914. El Consejo de Gobierno previsto en la Constitución de 1909 es un Cuerpo Colegiado, formado por diez vocales, que debería nombrar el Congreso cada cuatro años, en la misma sesión fijada para elegir el Presidente de la República. Tiene también facultades de decisión, tales como las de prestar o negar su consentimiento para que el Presidente de la República ejerciese determinadas atribuciones en caso de guerra civil o internacional, y para que fueran decretados créditos adicionales. Por otra parte, sus deberes como órgano consultivo consistían en emitir voto consultivo sobre asuntos determinados en la Constitución, que el Presidente de la República debía someter a su consideración, y emitir su dictamen sobre cualquier otro asunto relacionado con la administración general que fuera sometido a su estudio.

En general, tanto en la creación de los Consejos de Gobierno, en los distintos períodos de su existencia, como en la creación del Consejo Federal, y en la supresión de ambos, influyeron pura y exclusivamente consideraciones de orden político. Unas veces se quiso ejercer un control sobre la autoridad personal del Presidente de la República, cual fue el propósito de los Constituyentes de 1830; otras veces, facilitar la elección del Presidente de la República, por un estrecho círculo, finalidad perseguida por la invención del Consejo Federal en 1881; en otra ocasión, como en 1909, dar satisfacción relativa, mediante su designación para altas posiciones, a poderosos caudillos. En 1914, la supresión del Consejo

de Gobierno, obedeció al propósito evidente de afirmar la autoridad personal del Jefe del Estado.

263. *Clasificación de los dictámenes de los órganos consultivos*

Los dictámenes de los órganos consultivos pueden clasificarse así: a) Excepcionalmente el dictamen del órgano consultivo puede ser *vinculante* o, lo que es igual, de obligatoria aceptación por la administración activa; b) En algunos casos, el dictamen es *necesario,* pero no vinculante para la administración activa, esto es, ésta se halla en el deber de oír, para realizar ciertos actos, el parecer de un órgano consultivo, pero con facultad de acogerlo o de separarse de él; c) En los más de los casos, la consulta es *potestativa* para la administración activa. Esta puede solicitar o no el parecer del órgano consultivo y, en caso de hacerlo, queda en libertad de seguir el parecer emitido o de apartarse de él.

264. *Los órganos consultivos en Venezuela*

Entre los más importantes órganos consultivos que en la actualidad existen en Venezuela, podemos señalar los siguientes:

Procuraduría General de la República;
Oficina Central de Coordinación y Planificación;
Consejo de Presupuesto;
Consejo de Economía Nacional;
Consejo Bancario Nacional;
Consejo Nacional de Energía;
Consejo Supremo de la Defensa Nacional;
Estado Mayor Conjunto;
Junta Superior de las Fuerzas Armadas Nacionales.

265. *La Procuraduría General de la República*

La Procuraduría General de la República está a cargo y bajo la dirección del Procurador General de la República, con la colaboración de los demás funcionarios que determine la ley. Confor-

me a la actual Constitución, todos los servicios de asesoría jurídica de la administración pública nacional colaborarán con el Procurador General de la República en el cumplimiento de sus atribuciones, en la forma que determine la ley.

El Procurador General de la República deberá reunir las mismas condiciones exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y será nombrado por el Presidente de la República con autorización del Senado.

La Procuraduría General de la República ejerce una doble función: es a un tiempo *órgano de representación y órgano consultivo* de la administración pública nacional.

En el primer concepto, corresponde a la Procuraduría, representar y defender judicial y extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la República, según expresa la Constitución. Conforme a la Ley de la Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público, son personeros de la nación, el Procurador de la Nación y los abogados en quienes sustituya dicha representación. El Procurador conserva la representación legal de la nación en toda su plenitud, aun en los casos en que legalmente existan otro u otros funcionarios investidos de ella. Por otra parte, corresponde también al Procurador la representación extrajudicial de la nación. En efecto, de acuerdo con las instrucciones que reciba del Ejecutivo Nacional, el Procurador deberá efectuar las gestiones extrajudiciales que fueren necesarias a la mejor defensa de los intereses de la nación, y suscribir los documentos contentivos de actos, contratos o negocios de gestión privada que a aquélla conciernan.

Como órgano consultivo, corresponde a la Procuraduría asesorar jurídicamente a la administración pública nacional. Es, en materia de derecho y legislación, el órgano de consulta por excelencia del Gobierno nacional. Es deseable que, conforme al propósito constitucional, la ley que organice la Procuraduría fije las reglas de colaboración entre ella y las consultorías jurídicas de los Ministerios y de la Secretaría del Presidente de la República.

El Procurador General tiene el deber de dictaminar en los casos y con los efectos señalados en las leyes. El Poder Ejecutivo,

cuando proyecte la celebración de un arreglo o transacción respecto a deudas atrasadas contraídas con el Fisco nacional, está obligado a oír la opinión del Procurador General (Artículo 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional). No podrá llevarse a cabo ningún arreglo, transacción o rebaja a ese respecto, sino después de oída la opinión del Procurador, la cual podrá ser o no acogida por el Ejecutivo. Se trata de un dictamen *necesario,* pero no *vinculante.*

266. *La Oficina Central de Coordinación y Planificación (Cordiplán)*

Esta Oficina es órgano consultivo del Ejecutivo Nacional en todo lo concerniente a la planificación del desarrollo social y económico de la nación y la coordinación de las actividades que el Ejecutivo lleve a cabo con ese propósito.

Dicha Oficina fue creada por el Decreto número 492 de 30 de diciembre de 1958, dictado por la Junta de Gobierno. El expresado decreto tuvo por objeto la creación de un sistema destinado a coordinar todas las actividades de planificación que se hacen en el Gobierno, y a estimularlas, cohesionarlas y perfeccionarlas.

La Oficina Central de Coordinación y Planificación tiene un Directorio de nueve miembros, designados por el Presidente de la República, quienes deben ser personas de reconocida competencia en materia de programación. Uno de dichos miembros será designado Jefe de la Oficina.

Corresponde a la Oficina Central de Coordinación y Planificación: hacer estudios acerca del desarrollo social y económico de la. nación; presentar anualmente, previo examen de los proyectos remitidos por los Despachos y con vista de los estudios hechos por la propia Oficina, un proyecto de orden de prelación de gastos fiscales, para su consideración por el Ejecutivo Nacional; proponer los lineamientos generales de la planificación física y espacial en escala nacional y cordinar conforme a dichos lineamientos, la planificación que se hiciere en escala regional y urbanística, a través de los respectivos organismos subalternos de planificación; au-

xiliar al Ejecutivo Nacional en la vigilancia de la ejecucion de programas, y dar su opinión acerca de los reajustes que afecten a los planes respectivos; dar su opinión, previa a la contratación o iniciación de estudios vinculados al desarrollo económico y social; dar su opinión previa acerca de la creación, supresión o fusión de ministerios e institutos autónomos, así como cambios sustanciales en sus atribuciones; dar su opinión sobre reformas a leyes fiscales y otras que afecten la hacienda nacional y el desarrollo económico; preparar, de acuerdo con el Ministro de Hacienda, como parte de un presupuesto-programa de cinco años, el presupuesto-programa anual, anexo al Presupuesto General de Ingresos y Gastos Públicos.

La mencionada Oficina colaborará en la preparación del presupuesto fiscal anual; éste no se presentará al Congreso sin el informe respectivo de dicha Oficina. Esta prestará a las Comisiones del Congreso toda la ayuda técnica que requieran para el desempeño de sus funciones.

267. *El Consejo de Presupuesto*

El Consejo de Presupuesto está integrado por el Ministro de Hacienda, quien lo preside, y trece miembros más, designados así: dos por el Ministro de Hacienda; uno por cada uno de los demás Ministros del Despacho Ejecutivo, y otro que será elegido por el Consejo de Institutos Autónomos. Los miembros designados por los Despachos Ejecutivos y por el Consejo de Institutos Autónomos deberán ser funcionarios de los respectivos Despachos y de alguno de los institutos representados en el Consejo de dichos organismos. Además, formarán parte del Consejo de Presupuesto los miembros de la Comisión Delegada del Congreso que ésta designe.

El Consejo de Presupuesto tiene, entre otros, los siguientes deberes y atribuciones: a) Hacer estudios en el curso del año económico, de todos los problemas relacionados con los arbitrios rentísticos del país y las necesidades de éste, y con la preparación del Presupuesto General de Rentas y Gastos Públicos, e intervenir en su preparación. En la primera quincena de julio de cada año,

los Ministros del Despacho someterán al Consejo de Presupuesto, por órgano de sus correspondientes representantes en el mismo, los proyectos de presupuesto de gastos de sus respectivos Departamentos, acompañados de una documentación pormenorizada que justifique todos los gastos presupuestos. El Consejo podrá, por mayoría, hacer observaciones y objeciones a dichos presupuestos departamentales y también podrán hacérsela aquellos miembros que disientan del parecer de la mayoría. Unas y otras deberán formularse por escrito y remitirse al Ministro o Ministros sobre cuyos presupuestos hubiesen recaído, y si no fuese posible llegar a un acuerdo al respecto entre el Ministro o Ministros y el Consejo de Presupuesto, el caso será considerado y resuelto en Consejo de Ministros. De igual modo se procederá para la elaboración del Presupuesto General de Rentas, el cual será presentado al Consejo de Presupuesto, dentro del mismo lapso, por el Ministro de Hacienda. b) Suministrar a los Ministros del Despacho y al Contralor General cuantas informaciones le pidan en las materias de su competencia y suministrar asimismo a las Cámaras Legislativas cualquier información que, por órgano del Ministro de Hacienda, soliciten de él.

268. *El Consejo de Economía Nacional*

El Consejo de Economía Nacional es un organismo apolítico y de carácter consultivo que tiene por objeto asesorar al Ejecutivo Nacional en todas aquellas cuestiones que interesan al desarrollo y coordinación de la economía nacional.

Fue creado por el decreto número 211, dictado por la Junta Revolucionaria de Gobierno el 8 de marzo de 1946.

Conforme al citado Decreto, el Consejo de Economía Nacional estará formado por diecisiete miembros principales, a saber: tres graduados en algunas de las facultades o escuelas universitarias, dos empleados, dos obreros, y uno por cada una de las siguientes instituciones o actividades: Banco Central, Banca, Comercio, Industria, Transporte, Agricultura, Cría, Pesca, Hidrocarburos y Minería.

Para la elección de los miembros se procederá así: 1º) Los miembros graduados universitarios serán elegidos de común acuerdo por los rectores de las Universidades, de los candidatos presentados por los Consejos Universitarios; los miembros empleados y obreros serán escogidos por el Ejecutivo Nacional, por resolución del Ministerio del Trabajo, de las listas de candidatos que, en número doble de los cargos por proveer, hayan sido aprobados por mayoría en las asambleas de las Asociaciones o Sindicatos debidamente constituidos. 2º) Los miembros del Banco Central serán designados por el Directorio de ese Instituto; 3º) Los miembros de la Banca serán designados por el Consejo Bancario Nacional; 4º) Los demás miembros serán elegidos por mayoría de votos en asambleas especiales de cada una de las Cámaras, Asociaciones o Corporaciones representativas de las actividades correspondientes.

Son funciones del Consejo de Economía Nacional: 1º) Efectuar estudios sobre problemas económicos y sugerir o recomendar a los poderes públicos las medidas que juzgue adecuadas para su solución y para el mejor desarrollo y coordinación de las actividades económicas del país; 2º) Estudiar los proyectos de leyes y decretos de carácter económico, así como los proyectos de resoluciones que impliquen reformas del Arancel de Aduanas, que el Ejecutivo Nacional someterá previamente a consideración, y emitir el correspondiente informe, dentro del plazo razonable que se le fije.

Como se ve, el Consejo Nacional de Economía *puede* efectuar, *por propia iniciativa,* toda clase de estudios sobre problemas económicos y sugerir o recomendar a los poderes públicos las medidas que juzgue adecuadas para su solución; y, de otra parte, el Consejo *está en el deber* de estudiar los proyectos de leyes y decretos de carácter económico, así como los proyectos de resoluciones relativas al Arancel de Aduanas que el Ejecutivo someta a su consideración, y deberá emitir el correspondiente informe dentro de un plazo razonable.

269. *El Consejo Bancario Nacional*

El Consejo Bancario Nacional está integrado por un representante de cada uno de los Bancos e institutos de crédito de carácter privado, de los Bancos o entidades de crédito oficiales y por el Superintendente de Bancos. Los representantes ante el Consejo Bancario Nacional de los Bancos o institutos que tengan su asiento en Caracas deberán ser presidentes, directores, administradores o gerentes de los mismos. Los Bancos o institutos de crédito cuyo asiento principal esté fuera de Caracas están en libertad para elegir cualquier persona para representarlos en el Consejo Bancario Nacional; pero si tienen Sucursales o Agencias en Caracas, sus representantes deberán ser el gerente o agente de su oficina en esta ciudad. En las deliberaciones del Consejo, los institutos extranjeros o sus sucursales y los oficiales o mixtos, con excepción del Banco Central de Venezuela, tendrán derecho a voz, pero no a voto. No tienen voto, pues, en dicho Consejo, ni el Banco Obrero ni el Banco Agrícola y Pecuario, por ser institutos oficiales, ni el Banco Industrial de Venezuela, por ser un instituto de economía mixta.

Corresponde al Consejo Bancario Nacional estudiar las condiciones bancarias y económicas del país y comunicar los informes obtenidos con sus conclusiones y recomendaciones, tanto al Ejecutivo Nacional a través de la Superintendencia de Bancos, como al Banco Central de Venezuela; responder las consultas que le hagan el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela; estudiar la práctica bancaria y procurar su coordinación y mejoramiento; elegir la correspondiente representación para el Directorio del Banco Central de Venezuela, conforme a lo dispuesto por la ley que rige ese Instituto.

Es, por lo tanto, el Consejo Bancario Nacional, órgano consultivo en materia bancaria, tanto del Ejecutivo como del Banco Central de Venezuela. Sus dictámenes e informes pueden ser emitidos, por propia iniciativa, o a requerimiento del Ejecutivo o de aquel Instituto.

270. *El Consejo Nacional de Energía*

Fue creado por decreto número 135 de fecha 11 de septiembre de 1959. Tiene por objeto asesorar al Ejecutivo Nacional en todas las cuestiones relativas a la producción, distribución y consumo de las distintas clases de energía. Está integrado por: el Ministro de Minas e Hidrocarburos, quien lo preside; los Ministros de Hacienda, de la Defensa y de Fomento; el Jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación (Cordiplán); los Presidentes del Banco Central de Venezuela, del Consejo Nacional de Economía, de la Corporación Venezolana de Fomento y del Instituto Venezolano de Petroquímica; un representante del Consejo Bancario Nacional; un representante de la Federación de Cámaras de Comercio y Producción; un representante del más alto organismo nacional de los trabajadores; y cinco personas de reconocida competencia en la materia, designadas por el Presidente de la República.

Son funciones del Consejo Nacional de Energía: conocer de los planes y proyectos que sobre exploración, producción, transformación, transporte, distribución y consumo de energía prepare el Ejecutivo Nacional, y recomendar a éste las medidas necesarias y convenientes al interés público para la conservación, uso, venta y desarrollo de la energía.

271. *El Consejo Supremo de la Defensa Nacional*

Este es un órgano interministerial que tiene por objeto coordinar los estudios y soluciones de los asuntos referentes a la defensa nacional que no correspondan exclusivamente al Ministerio de la Defensa, y establecer las reglas del caso para utilizar en la forma más armónica todas las actividades del país en provecho de la defensa nacional, principalmente en lo referente a la movilización total de la República, a la organización de ésta para el tiempo de guerra, al funcionamiento de la guerra y al aprovisionamiento general del país.

El Consejo Supremo de la Defensa Nacional estará formado por: el Presidente de la República, quien lo presidirá; los Minis-

tros del Despacho; el Jefe del Estado Mayor Conjunto, quien actuará como Secretario; y los funcionarios o particulares que designe el Presidente de la República, quienes tendrán voz pero no voto. En la reunión del expresado Consejo celebrada en junio de 1962 en los días del bloqueo naval de Cuba decretado por el Gobierno americano, concurrieron al Consejo, entre otras personas designadas por el Presidente de la República, el Presidente del Congreso, el de la Corte Suprema de Justicia, y los Comandantes del Ejército, de la Marina, de la Fuerza Aérea y de las Fuerzas de Cooperación.

El Presidente de la República convocará a sesión al Consejo Supremo de la Defensa Nacional cada vez que lo crea conveniente.

Las conclusiones a que llegue el Consejo no tendrán sino carácter ilustrativo.

272. *El Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas Nacionales*

Conforme a la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, el Estado Mayor General es un órgano consultivo del Ministerio de la Defensa que tiene por funciones primordiales mantener la unidad de instrucción de las fuerzas armadas, preparar la movilización y concentración de éstas, estudiar su organización en tiempo de paz y custodiar todos los documentos secretos referentes a la defensa nacional. Por decreto Nº 288 de fecha 27 de junio de 1958 la Junta de Gobierno declaró eliminado el Estado Mayor General, y creó en su lugar el Estado Mayor Conjunto, cuyas atribuciones y composición se dispondrían por reglamentación aparte que hasta hoy no ha sido dictada. Tiene, pues, en la actualidad el Estado Mayor Conjunto las funciones consultivas que la ley atribuye al Estado Mayor General.

273. *La Junta Superior de las Fuerzas Armadas Nacionales*

La Junta Superior de las Fuerzas Armadas Nacionales es un órgano consultivo formado por: El Ministro de la Defensa, quien lo preside; el Jefe del Estado Mayor Conjunto; los Comandantes

Generales del Ejército, la Marina, la Aviación y las Fuerzas de Cooperación; cuatro oficiales generales o superiores, uno de cada Fuerza, designados por el Ministro de la Defensa; el Consultor Jurídico del Ministerio de la Defensa; y el Director del Servicio de Justicia Militar, quien actuará como Secretario.

Tiene por objeto dicha Junta estudiar todos los asuntos relacionados con la preparación de la nación y de las fuerzas armadas, a los efectos de su funcionamiento en tiempos de paz o en el de guerra.

La mencionada Junta será *necesariamente consultada* en todo lo que se refiere a la organización general del Ejército y de la Armada, a las disposiciones fundamentales sobre movilización y concentración, a los planes de operaciones, a la ejecución o modificación de vías estratégicas, a la adopción de nuevos armamentos, a la defensa antiaérea del territorio nacional, a la defensa de las costas, al empleo de las fuerzas navales y, en general, a las medidas concernientes a la preparación de las fuerzas armadas para la guerra.

La Junta, en su carácter de organismo esencialmente técnico, *podrá ser consultada* sobre cualquier otro punto que el Ministro de la Defensa crea conveniente.

Las conclusiones a que llegue la Junta Superior de las Fuerzas Armadas sólo tienen carácter consultivo. Corresponderá al Presidente de la República, a quien le serán presentadas dichas conclusiones por el Ministro de la Defensa, tomar la resolución que a su juicio convenga a los intereses nacionales.

CAPITULO XXXIII

ADMINISTRACION DE LOS ESTADOS

274. *Soberanía o autonomía*

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Nacional, los Estados son *autónomos e iguales,* como entidades políticas.

Según los principios sustentados por algunos constitucionalistas, bajo el sistema federal, los poderes soberanos se hallan repartidos entre el Estado Federal y los Estados-miembros. Conforme a tales ideas, en nuestro país, la Constitución Nacional, desde la que fue promulgada en 1864, a raíz del triunfo de la revolución federal, hasta la que fue dictada en 1936, ambas inclusive, con excepción de las reformas de 1893 y 1901, ha declarado que los Estados *se reservan la soberanía no delegada expresamente* en el Poder de la Unión. Se admitió, pues, en esas Constituciones, que la soberanía estaba compartida entre los Estados-miembros y el Estado federal. Sobre este concepto de la soberanía compartida se ha debatido ampliamente en la teoría constitucional. Basados en el concepto clásico de la indivisibilidad de la soberanía, muchos autores sostienen que los Estados no son soberanos, sino simplemente autónomos. Con relación a las Provincias de la República Argentina, que es un Estado federal, expone Bielsa: "Las provincias son autónomas, no soberanas. Decir que son soberanas en su gobierno y administración —esto es, como expresión de voluntad política— y reconocer, a la vez, la existencia de un poder superior, es incurrir en una contradicción, aunque soberanía y autonomía no sean expresiones antitéticas. Y sostener que las provincias sólo son soberanas en determinados actos o manifestaciones del poder, es asignar al concepto de soberanía, un significado distinto del propio" [1]

La Constitución Nacional actual, lo mismo que la de 1947,

1. Bielsa. *Derecho Administrativo.* Tomo II, p. 526.

se limita a proclamar la autonomía de los Estados. La autonomía consiste en la aptitud de darse sus propias normas de gobierno y administración, dentro de los límites fijados por el pacto fundamental. No creemos que en ningún régimen federal pueda hablarse con propiedad de la soberanía de los Estados-miembros, ya que es rango esencial de dicho sistema el que los Estados-miembros se dicten sus propias Constituciones, sin intervención del poder central, *pero con sujeción al pacto fundamental,* y esto último basta para descartar la idea de soberanía. Menos aún en Venezuela puede afirmarse que los Estados són soberanos, dadas las restricciones impuestas a su autonomía por la Constitución Nacional. Conviene, pues, prescindir de la controvertida noción de soberanía y asentar, como en el texto constitucional, que los Estados son autónomos.

275. *Peculiaridades de nuestro federalismo*

Terminada la guerra de los cinco años, la Asamblea constituyente dictó el 28 de marzo de 1864 una nueva Constitución, la cual consagró la forma federal de gobierno, siguiendo muy de cerca el modelo de los Estados Unidos de América. Según el texto constitucional de 1864, las veinte provincias *se declaran Estados independientes y se unen para formar una nación libre y soberana con el nombre de Estados Unidos de Venezuela.* Cada uno de los veinte Estados, a imagen y semejanza de la nación, tuvo su Presidente, su cuerpo legislativo y sus tribunales; pero al través de las dieciocho reformas constitucionales realizadas en el país desde aquel año hasta nuestros días, las sucesivas restricciones a la autonomía de los Estados han sido de tanta importancia que, en realidad, el actual sistema venezolano de gobierno tiene carácter centro-federal, con evidente predominio del factor unitario. En todo lo concerniente a la aptitud para crear impuestos y dictar leyes, las delegaciones de los Estados a la competencia del poder nacional son tan numerosas que prácticamente equivalen a una total renuncia al ejercicio de esas potestades; el jefe del gobierno y administración de cada Estado, que ya no ostenta la denominación de Presidente, sino como en las antiguas provincias, la de Gobernador, ha pasado a ser de libre nombramiento y remoción del

Presidente de la República; desaparecieron los Tribunales de los Estados, ya que toda la administración de justicia ha sido encomendada al poder nacional; y, en fin, la asociación política integrada por los venezolanos dejó de llamarse Estados Unidos de Venezuela, y recobró la denominación unitaria de República de Venezuela.

276. *Materias de la competencia de los Estados*

Puede resumirse así las materias que competen a los Estados: a) La organización de sus poderes públicos; b) La organización de sus municipios y de su división político-territorial; c) La organización de la policía urbana y rural; d) La administración de los bienes e ingresos; e) Los poderes residuales.

Además, conforme al artículo 137 de la Constitución, el Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, podrá atribuir a los Estados o a los municipios, determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa.

277. *Organización de los poderes públicos del Estado*

Corresponde a los Estados organizar sus poderes públicos conforme a los principios establecidos por el pacto fundamental de la Unión. La asamblea legislativa de cada Estado dicta una Constitución y algunas leyes que la complementan en lo relativo a la organización del gobierno, tales como la ley orgánica de régimen político y la Ley de Juramento de Empleados Públicos. Conviene observar que las Constituciones estadales son dictadas conforme al procedimiento ordinario instituido en los Estados para la formación de las leyes; por lo tanto, no existe supremacía de dichas Constituciones estadales sobre las demás leyes dictadas por las Asambleas Legislativas. Las Constituciones estadales son leyes ordinarias de los Estados; de igual rango que las demás leyes sancionadas por dichas Asambleas.

Existe, en cambio, preeminencia o supremacía de la Consti-

tución nacional sobre las Constituciones de los Estados. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia declarar la nulidad total o parcial de las leyes estadales, entre las cuales quedan incluidas las Constituciones de los Estados, cuando colidan con la Constitución nacional.

Como la Constitución nacional traza las líneas esenciales de la organización de los poderes públicos de los Estados, las Asambleas Legislativas sólo tienen competencia para desarrollar aquellos principios, nunca para modifcarlos, menos aún para contrariarlos, de donde deriva una casi completa uniformidad en la organización de los poderes públicos de los diversos Estados.

278. *Organización de los Municipios*

Según la tradición venezolana, desde los días de la instauración del sistema federal, en cada Estado rige la Ley Orgánica del Poder Municipal, sancionada por la respectiva Asamblea Legislativa, con independencia de los poderes constituidos de la nación.

Ahora bien, la Constitución nacional de 1961 dispone que el Congreso dictará normas de carácter nacional relativas a la organización de los municipios, y que de conformidad con aquellas normas, dictarán los Estados las disposiciones legales concernientes a la materia municipal. Hasta el momento no ha sido sancionada por el Congreso la ley orgánica municipal y, por lo tanto, bajo el nuevo orden constitucional, no han podido los Estados legislar sobre tan importante aspecto de la vida pública. Según la primera de las disposiciones transitorias de la Constitución nacional, mientras se dictan las leyes expresadas, se mantiene en vigencia el actual régimen y organización municipal de la República, lo que significa que conservan su vigencia las leyes orgánicas del poder municipal dictadas por las Asambleas Legislativas de los Estados con anterioridad al 23 de enero de 1961.

279. *División político-territorial*

Rige en cada uno de los Estados una Ley de División Político-Territorial, sancionada por la respectiva Asamblea Legislativa. En

estas leyes, se acata el precepto imperativo contenido en las Constituciones nacionales anteriores a la presente, según el cual "los Estados se dividen en Distritos, y éstos en Municipios". Por lo tanto, en dichas leyes las Asambleas han determinado el número de distritos y municipios de cada Estado, sus denominaciones oficiales y las capitales y límites de unos y otros.

La nueva Constitución dispone que tanto la organización municipal como la división político-territorial se harán "en conformidad con esta Constitución y las leyes nacionales". Por lo tanto, una vez dictada por el Congreso la ley nacional sobre organización municipal, las Asambleas Legislativas de los Estados deberán ceñirse a sus disposiciones para reestructurar la división político-territorial de cada Estado.

280. *Organización de la policía urbana y rural*

Ha tomado en cuenta el Constituyente la escasez de recursos pecuniarios de la gran mayoría de los municipios venezolanos, que los hace inhábiles para atender a todo requerimiento de orden público. De esta consideración, extraída del análisis de la realidad nacional, deriva la atribución de competencia a los Estados en materia de policía. En la Ley de Presupuesto de Ingresos y Gastos Públicos de cada Estado deberán fijarse las partidas correspondientes para cubrir los gastos de sostenimiento de la policía urbana y rural del Estado, y las Asambleas Legislativas de los Estados dictarán las leyes relativas a la organización de ese servicio. Los proyectistas de la Constitución han expresado que "ello no implica la eliminación de la policía municipal que corresponda a la propia índole de los servicios desarrollados por el Municipio". Claro está que el mantenimiento del orden público en calles y plazas, mercados, espectáculos, cementerios y demás servicios de carácter local debe estar a cargo de una policía municipal. Por eso, según la Constitución nacional corresponde a los Estados la determinación de las ramas del servicio público de policía atribuidas a la competencia municipal.

281. *Administración de los bienes del Estado*

Corresponde a los Estados la administración de sus bienes, según dispone la Constitución nacional. Este es uno de los atributos de la autonomía, reconocidos en el pacto federal.

Por lo tanto, los bienes que por cualquier título hayan ingresado al patrimonio de los Estados, son libremente administrados por los órganos de éstos, con total independencia del Poder Nacional. Quedan, sin embargo, excluidos de esta regla, las minas metálicas, los yacimientos de hidrocarburos, los ostrales de perlas, las salinas, las tierras baldías y demás riquezas naturales, bienes estos que nominalmente pertenecen a los Estados en cuya jurisdicción se encuentren; pero que prácticamente, según la evolución que indicaremos, han pasado a ser propiedad de la nación[2].

En la Constitución de 1864, que consagró el sistema federal, y en la siguiente —la de 1874— las salinas y demás riquezas naturales fueron reconocidas como bienes de los Estados, y éstos se reservaron el derecho de administrarlos con entera independencia del Gobierno Nacional. En las Constituciones de 1881 y 1891 los Estados se obligaron a ceder al Gobierno de la Federación la administración de las minas, terrenos baldíos y salinas; del producto de la administración de esos bienes un tercio se destinó al Poder federal "para ser invertido en el fomento del país", y dos tercios a los Estados, debiendo ser distribuidos entre ellos en proporción a la población de cada uno. A partir de la Constitución de 1893, se tuvo como renta propia de los Estados el total del producto de las minas, tierras baldías y salinas, administradas por el Poder federal, renta que debía ser distribuida quincenalmente entre los

2. Ruggeri Parra. *Fundamentos Constitucionales del Sistema Rentístico Venezolano,* p. 53. Expone el doctor Ruggeri Parra que las minas, hidrocarburos, salinas, tierras baldías y ostrales de perlas, "en una rápida progresión han ido pasando a la nación, tal como era nuestro sistema centro-federalista, y si bien se ha dejado en teoría la propiedad de ellos a los Estados, esto obedece a que determinada corriente política pudo haber considerado incompatible con el federalismo el no dejar siquiera *in nomine* estos bienes a los Estados; o, en fin, que para el caso de una revisión trascendente de la Constitución, aquéllos pudieran asumir el control y gobierno efectivo de los mismos sin problemas de retroactividad u otros que pudieran presentarse.

Estados, en proporción de la población de cada uno. Este sistema duró hasta 1925. La Constitución dictada en ese año dispuso que la renta de las salinas, perlas, minas y tierras baldías, incluido el producto de la venta de estas últimas, ingresaría al Tesoro nacional, y el Gobierno Nacional incluiría anualmente en la Ley de Presupuesto, una partida conocida con el nombre de *Situado Constitucional* destinada a ser distribuida entre los Estados en proporción a la población de cada uno.

En líneas generales, el sistema instituido en 1925 se ha estabilizado en el país, y lo conserva la actual Constitución. Esta última, en el artículo 136, ordinal 10º, atribuye a la competencia del Poder Nacional, el régimen y administración de las minas e hidrocarburos, salinas, tierras baldías y ostrales de perlas, y la conservación, fomento y aprovechamiento de los montes, aguas y otras riquezas naturales del país; pero guarda silencio sobre la propiedad de esos bienes. Por otra parte, la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional dispone que la Hacienda Pública Nacional comprende los bienes, rentas y deudas que forman el activo y pasivo de la nación, y *todos los demás bienes y rentas cuya administración corresponde al Poder Nacional.* Los expresados bienes, por estar confiada su administración al Poder Nacional, forman parte de la Hacienda Nacional, aunque la propiedad de los mismos corresponda teóricamente a los Estados en cuya jurisdicción se encuentren[3].

282. *El Situado Constitucional*

En párrafos anteriores hemos descrito la evolución constitucional que condujo a la creación del *Situado Constitucional.* A cambio de las rentas de las minas, hidrocarburos, tierras baldías, sali-

3. Conforme al artículo 542 del Código Civil "todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño, pertenecen al dominio privado de la nación, si su ubicación fuere en el Distrito Federal o en los Territorios Federales o Dependencias Federales, y al dominio privado de los Estados, si fuere en éstos". Son las tierras baldías. Dicha disposición está en su fondo reproducida en el artículo 2º de la Ley de Tierras Baldías, que dice: "Los terrenos baldíos de los Estados son del dominio privado de éstos".

nas, ostrales de perlas y demás riquezas naturales, y del impuesto de tránsito, que se convirtieron en arbitrios rentísticos de la nación, se instituyó el Situado Constitucional, que es una cuota del total de los ingresos de la nación, destinada a ser repartida entre los veinte Estados, el Distrito Federal y los dos Territorios Federales. Anualmente se incluye en la Ley de Presupuesto, entre los gastos del Departamento de Relaciones Interiores, la partida denominada Situado Constitucional, la cual, según la actual Constitución, no será menor del doce y medio por ciento (12½%) del total de ingresos ordinarios estimados en el respectivo presupuesto y este porcentaje mínimo aumentará anual y consecutivamente a partir del presupuesto del año 1962 inclusive, en un medio por ciento (½%) por lo menos, hasta llegar a un mínimo definitivo que alcance a un quince por ciento (15%). Según la Constitución en vigor, dicha partida se distribuye entre los Estados, el Distrito Federal y los Territorios Federales en la forma siguiente: un treinta por ciento (30%) por partes iguales, y el setenta por ciento (70%) restante, en proporción a la población de cada una de dichas entidades. La misma Constitución dispone que la ley orgánica respectiva determinará la participación que corresponda a las entidades municipales en el situado. Entendemos que se ha aludido a la Ley Orgánica del Presupuesto.

283. *Los demás ingresos ordinarios de los Estados*

Los Estados tienen, en principio, capacidad financiera, esto es, facultad para crear impuestos y demás contribuciones fiscales, pero tan fuertemente restringida, que con acierto ha sido calificada de ilusoria.

Las principales limitaciones de las potestades de los Estados en materia tributaria son las siguientes:

a) Los Estados no podrán crear aduanas, ni impuestos de importación, de exportación o de tránsito sobre bienes extranjeros o nacionales o sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional o municipal (ordinal 1º, artículo 8 de la Constitución nacional);

b) Es de la competencia del Poder Nacional: la organización, recaudación y control de los impuestos a la renta, al capital y a las sucesiones y donaciones; de las contribuciones que gravan la importación, las de registro y timbre fiscal y las que recaigan sobre la producción y consumo de bienes que total o parcialmente la ley reserva al Poder Nacional, tales como las de alcoholes, licores, cigarrillos, fósforos y salinas; las de minas e hidrocarburos y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidos a los Estados y lo municipios, que con carácter de contribuciones nacionales creare la ley (ordinal 8º, artículo 136 de la Constitución nacional);

c) Los municipios tendrán los siguientes ingresos: 1º) El producto de sus ejidos y bienes propios; 2º) Las tasas por el uso de sus bienes y servicios; 3º) Las patentes sobre industrias, comercio y vehículos, y los impuestos sobre inmuebles urbanos y espectáculo públicos; 4º) Las multas que impongan las autoridades municipales, y las demás que legalmente les sean atribuidas; 5º) Los demás impuestos, tasas y contribuciones que crearen de conformidad con la ley (ordinal 6º, artículo 31 de la Constitución).

Como se ve, la aptitud de los Estados para imponer tributos no puede afectar las materias rentísticas de la competencia nacional o municipal; y el análisis de las disposiciones constitucionales antes transcritas, relativas a las materias gravables por la nación y por los municipios, revela que casi no queda posibilidad de que los Estados establezcan impuestos o contribuciones. En la realidad, sólo existen en la actualidad en algunos Estados impuestos sobre rifas y billetes de lotería patrocinados por otras entidades.

Por otra parte, según la Constitución, los Estados no podrán: gravar bienes de consumo antes de que entren en circulación dentro de su territorio; prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio; ni gravarlos en forma diferente a los producidos en él; crear impuestos sobre el ganado en pie o sobre sus productos o subproductos.

Los Estados tienen los ingresos derivados de los bienes de su propiedad que administran.

En verdad, los ingresos provenientes de contribuciones fisca-

les, como los procedentes de la administración de sus bienes, tienen una exigua significación en relación con el Situado Constitucional, que hoy constituye la fuente por excelencia de la vida financiera de los Estados.

284. *Operaciones de crédito público*

Los Estados pueden hacer uso del crédito público, con las limitaciones y requisitos que establezcan las leyes nacionales.

Según la Ley de Crédito Público, los Estados no podrán contratar empréstitos externos, y en cuanto a los internos, no podrán contratarlos sin autorización del Congreso. Antes de dar su autorización, el Congreso deberá oír las opiniones del Ejecutivo Nacional y del Banco Central de Venezuela.

La solicitud de autorización para la realización de operaciones de crédito deberá ser formulada por medio de acuerdo de la respectiva Asamblea Legislativa que deberá ser trasmitida al Congreso a través del Ejecutivo Nacional, y contener las siguientes indicaciones: programa de inversiones, plazo para la amortización, tasa máxima de interés, forma de pago, garantías ofrecidas y demás características financieras de la operación. En todo caso, para que el Gobernador del Estado pueda contratar el empréstito, se requiere que la Asamblea Legislativa haya dictado una ley en la que lo autorice, en la cual se incluirán las menciones anteriormente expresadas y la autorización dada por el Congreso.

285. *Los poderes públicos de los Estados*

Los poderes públicos del Estado son dos: legislativo y ejecutivo.

No hay poder judicial de los Estados: los tribunales que actúan en éstos son órganos del Poder Nacional.

Tampoco pertenece a los Estados el poder municipal, sino a los municipios, que son entidades públicas distintas de aquéllos.

Sobre estas cuestiones elementales las Constituciones de los Estados contienen expresiones inexactas, pues se mencionan en ellas

al poder judicial y al poder municipal, como ramas integrantes del poder público de los Estados.

286. *El Poder Legislativo*

En cada Estado el poder legislativo lo ejerce un cuerpo colegiado que se denomina Asamblea Legislativa, cuyos miembros deben ser venezolanos por nacimiento y mayores de veintiún años, y son elegidos por votación directa con representación proporcinonal de las minorías, de acuerdo con la ley nacional de elecciones.

La Asamblea Legislativa es competente para el examen y control de cualquier acto de la administración pública del Estado.

Son atribuciones de la Asamblea Legislativa: 1º) Legislar sobre las materias de la competencia estadal; 2º) Aprobar o improbar anualmente la gestión del Gobernador, en la sesión especial que al efecto se convoque; 3º) Sancionar la Ley de Presupuesto del Estado; 4º) Las demás que le atribuyen las leyes.

Según antes dijimos, son escasas las materias de la competencia estadal y, por lo tanto, muy limitado el campo dentro del cual puede desarrollarse la actividad legislativa de los Estados. Entre las leyes sancionadas por las Asambleas Legislativas pueden mencionarse: la Constitución de cada Estado, la Ley Orgánica de Régimen Político, la Ley de Juramento de Empleados Públicos, la Ley Orgánica del Poder Municipal, la Ley de División Territorial, el Código de Policía y, en algunos Estados, la Ley Orgánica de la Hacienda del Estado, la Ley de Responsabildad de Empleados Públicos y la Ley de Becas y Pensiones. En los Estados llaneros, existen leyes de llanos, que contienen disposiciones sobre policía rural.

El total de gastos autorizados por la Ley de Presupuesto, no podrá exceder en ningún caso de la estimación de los ingresos del respectivo ejercicio anual hecha por el Gobernador en el proyecto presentado a la Asamblea Legislativa.

La Asamblea Legislativa se reunirá en sesiones ordinarias y extraordinarias. Las sesiones ordinarias se iniciarán en la fecha

fijada por la respectiva Constitución o en la más inmediata posible, y tendrán una duración de treinta días, prorrogable hasta por treinta días más. La Asamblea Legislativa podrá reunirse en sesiones extraordinarias cuando para ello sea convocada por el Gobernador del Estado o por la Comisión Delegada o Permanente.

Durante el receso de la Asamblea Legislativa funcionará una Comisión, integrada por el Presidente de la Asamblea, quien la presidirá, y cierto número de diputados, los cuales serán designados por la propia Asamblea. En algunos Estados recibe el nombre de Comisión Delegada y, en otros, de Comisión Permanente. El número de sus miembros varía de un Estado a otro, según la respectiva Constitución. Dicha Comisión ejerce, entre otras funciones, las siguientes: las de investigación y fiscalización, atribuidas a la Asamblea; las de convocar a la Asamblea en sesiones extraordinarias; autorizar al Ejecutivo para crear, modificar o suprimir servicios públicos, en caso de urgencia comprobada; autorizar al Ejecutivo para decretar créditos adicionales y traslados de partidas del presupuesto; colaborar con el Ejecutivo en la elaboración del proyecto de Ley de Presupuesto.

287. *El Poder Ejecutivo*

En cada Estado, el jefe del Poder Ejecutivo es el Gobernador. Este es, además, en su respectiva circunscripción, el agente del Ejecutivo Nacional.

En la mayoría de los Estados el ejercicio del Poder Ejecutivo está a cargo del Gobernador, en unión del Secretario General de Gobierno, que es su órgano legal. En los Estados Falcón y Monagas, el ejercicio del Poder Ejecutivo está a cargo del Gobernador en unión de sus secretarios, en número no menor de cuatro, todos de igual jerarquía, y cada uno de ellos es órgano legal y preciso del Gobernador, en la esfera de su respectiva competencia.

La Constitución nacional prevé que la forma de elección y remoción de los Gobernadores sea establecida por una ley especial, de acuerdo con los principios del gobierno democrático, representativo, responsable y alternativo. Es difícil que semejante

ley pueda ser dictada algún día, dado el requisito excepcional impuesto por la Constitución para la admisión del proyecto respectivo: deberá ser admitido por las Cámaras en sesión conjunta por el voto de las dos terceras partes de sus miembros. En compensación, si el Congreso llegare a sancionar dicha ley, no habrá dificultades para su promulgación, pues no está sujeto al veto del Presidente de la República. Mientras no se dicte la referida ley, los Gobernadores serán nombrados y removidos libremente por el Presidente de la República.

Para ser Gobernador se requiere ser venezolano por nacimiento, mayor de treinta años y de estado seglar.

Entre las atribuciones y deberes de los Gobernadores, según la Constitución nacional y las de los Estados, se destacan las siguientes: Nombrar y remover los funcionarios y empleados de su dependencia cuya designación no estuviere atribuida a otra autoridad, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes sobre carrera administrativa; presentar a la Asamblea Legislativa un informe de su administración durante el año inmediatamente anterior; presentar a la Asamblea Legislativa el proyecto de la Ley de Presupuesto; ejercer la potestad reglamentaria con respecto a las Leyes del Estado, cuidando de no alterar el espíritu, propósito o razón de las mismas; decretar créditos adicionales; convocar a sesiones extraordinarias a la Asamblea Legislativa; decretar obras públicas del Estado, y emprenderlas por administración directa o mediante la celebración de contratos; negociar la contratación de empréstitos que el Estado requiera para su desarrollo económico, con las limitaciones y requisitos establecidos en la Ley de Crédito Público; crear, modificar o suprimir, nuevos servicios públicos, en receso de la Asamblea Legislativa, y previa autorización de la Comisión Delegada o Permanente, en caso de urgencia comprobada; ejercer la suprema inspección de la fuerza de policía del Estado.

Según antes se expuso, en la mayoría de los Estados, el Secretario General de Gobierno es el órgano legal y preciso del Gobernador del Estado. Todos los actos de este último deberán ser refrendados por el Secretario General, excepto el decreto por el cual se le nombre. Los actos que deban revestir la forma de decretos

serán firmados por el Gobernador, y refrendados por el Secretario General; los actos administrativos corrientes revestirán la forma de resoluciones, y serán firmados únicamente por el Secretario General. En la mayoría de los Estados, el Despacho de la Secretaría General está formado por varias Direcciones, que ordinariamente son las siguientes: de Política, de Educación, de Sanidad y Asistencia Social, de Obras Públicas, de Administración. Antes se dijo que las Constituciones de los Estados Falcón y Monagas, en vez de instituir al Secretario General como único órgano legal y preciso del Gobernador, crean una pluralidad de órganos legales, pues cada uno de los Secretarios, en número no menor de cuatro, es órgano del mismo, dentro del círculo de sus atribuciones, y con tal carácter, le corresponde refrendar los decretos, excepto el de su nombramiento, y dictar las resoluciones que le ordene el Gobernador.

Los Secretarios Generales están obligados a presentar a la Asamblea Legislativa la Memoria y Cuenta de su Despacho correspondiente al año inmediatamente anterior. En los Estados Falcón y Monagas cada Secretario presentará una memoria razonada sobre la gestión de su despacho en el año civil inmediatamente anterior y sobre sus planes para el año siguiente.

La improbación de la gestión del Gobernador acarreará su inmediata destitución en el caso de que esta última sea acordada expresamente, y por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea legislativa.[4]

4. De acuerdo con la Constitución venezolana actualmente en vigor, aplicamos el adjetivo "estadal" para todo lo relativo a los Estados integrantes de la Unión Federal.

CAPITULO XXXIV

ADMINISTRACION DE LOS MUNICIPIOS

288. *El Municipio, sociedad natural*

Los municipios son sociedades naturales, o sea, manifestaciones espontáneas del fenómeno de la sociabilidad humana[1]. Por esto, muchos autores sostienen que el municipio es anterior al Estado, y que tiene existencia real, independientemente de su reconocimiento por parte de éste.

Teóricos del derecho y hombres públicos, en diversas épocas, han juzgado indispensable en una buena organización administrativa el reconocimiento de la autonomía de aquellas entidades territoriales que han de satisfacer las necesidades comunes derivadas de las relaciones de vecindad.

La personalidad jurídica del municipio, consagrada en el derecho positivo, es una personalidad de derecho público, destinada a servir a los intereses colectivos de carácter local.

288A. *Normas de la Constitución venezolana*

La Constitución nacional en vigor, de 23 de enero de 1961, declara que los municipios constituyen la unidad política primaria y autónoma dentro de la organización nacional; y que son personas jurídicas cuya representación la ejercerán los órganos que determine la ley.

Los rasgos esenciales de las disposiciones constitucionales referentes a la materia municipal son las siguientes: a) Son principios flexibles que habrán de ser desarrollados por las normas que establezcan las leyes orgánicas nacionales y las disposiciones que en conformidad con aquéllas dicten los Estados; b) los principios

1. Digesto Italiano. Vbo. Comune. (*Diritto Amministrativo*) Nº 6.

constitucionales autorizan al legislador para establecer diversas categorías de municipios, de acuerdo con las condiciones de población, desarrollo económico, situación geográfica y otros factores de importancia, y señalar distinto régimen para su administración, según la categoría; c) La Constitución establece muy vigorosamente el principio de la autonomía municipal; d) No impone la Constitución imperativamente la división uniforme de los Estados en distritos, y de éstos en municipios, sino que autoriza que los municipios sean agrupados en distritos, y también que formen mancomunidades para determinados fines de su competencia e) El nuevo régimen municipal no podrá entrar en funcionamiento sino cuando se dicten las leyes orgánicas antes expresadas que desenvuelven los principios constitucionales sobre la materia; mientras esas leyes no existan, continúan en vigor el régimen y organización municipal de la República establecidos en las normas jurídicas vigentes para la fecha de la promulgación de la Constitución.

289. *Municipio geográfico y municipio administrativo*

Según las leyes de división territorial, los Estados se dividen en distritos, y éstos en municipios. El municipio es, por lo tanto, en Geografía Política, una subdivisión del distrito. Ahora bien, cuando las normas jurídicas vigentes establecen la autonomía municipal, lo hacen a través del distrito, esto es, cada Concejo Municipal ejerce la representación del conjunto de municipios geográficos agrupados en un distrito. Dicho en otros términos: hay en cada distrito un Concejo Municipal encargado de velar por los intereses del grupo de municipios que integran aquél.

Desde la Constitución venezolana de 1904 hasta la de 1953, ambas inclusive, la Carta Fundamental ha declarado, con ligeras diferencias de redacción, que los distritos gozarán de autonomía municipal, y serán, por lo tanto, independientes del poder político de la nación y de los Estados en todo lo concerniente a su régimen económico y administrativo.

"Con la organización actual de las municipalidades de Venezuela —escribía el profesor Ernesto Wolf en 1945— la célula del

organismo administrativo no viene a ser el municipio sino el conjunto de municipios que forman un distrito". Y agregaba: "Por eso, se debe, si se quiere obtener una autonomía natural, dar más importancia a la autonomía del municipio que a la del distrito, creación puramente administrativa, queremos decir, artificial".[2]

Por su parte, el doctor Carlos Sequera interpreta en los siguientes términos la forma adoptada en Venezuela para el régimen municipal: "El municipio geográfico, ente territorial, es el que goza de autonomía en cabeza del distrito, por el procedimiento de la unión administrativa del dicho municipio con los demás de la circunscripción política correspondiente". (Sequera. *El Control Jurisdiccional*, p. 28).

Lo cierto es que en el régimen todavía vigente no existe perfecta coincidencia —como lo observa el doctor Sequera— entre el municipio geográfico y el municipio administrativo. El municipio geográfico no tiene personalidad jurídica, ni patrimonio propio. En cambio, el municipio administrativo, o sea, la agrupación de municipios geográficos componentes de un distrito, es sujeto de derechos y obligaciones, capaz de contratar y comparecer en juicio, ya como actor o como demandado.

La situación de ciertos municipios geográficos probablemente cambiará cuando sean dictadas las leyes orgánicas previstas en la actual Constitución. En ésta se contempla, como ya se indicó, la posibilidad de que los municipios puedan ser agrupados en distritos, y se autoriza la creación de distintas categorías de municipios y de diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los mismos. Dentro de esos principios, numerosos municipios geográficos habrán de constituir por sí solos municipios administrativos; y otros continuarán agrupados en distritos, conservando en tal caso estos últimos, como en la actualidad, la personalidad jurídica y el goce de la autonomía municipal.

290. *Municipalidad y municipio*

La significación propia de la palabra "municipalidad" en cas-

2. Ernesto Wolf. *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*. 1945. Tomo I, p. 149.

tellano es la de ayuntamiento o concejo municipal, o sea, cuerpo colegiado encargado de la representación de los intereses peculiares del municipio.

Desde principios de siglo, en las Constituciones y leyes venezolanas y, consecuencialmente, en la jurisprudencia y doctrina nacionales, se ha venido empleando el término "municipalidad", con verdadera impropiedad, como sinónimo de municipio administrativo, siendo que en realidad es el órgano colegiado de ese municipio.[3] La municipalidad no se identifica con el municipio sino con la cámara municipal, o conjunto de concejales.

La nueva Constitución corrige la reiterada incorrección de las anteriores, sustituyendo el término municipalidad por el de municipio en cada una de las disposiciones que hacen referencia a la personalidad pública territorial concerniente a los intereses locales.

291. *Autonomía municipal*

En Venezuela, la Constitución de 1893 y las siguientes hasta la de 1914, inclusive, establecieron la obligación de los Estados de reconocer en sus respectivas Constituciones la autonomía del municipio y su independencia de los poderes públicos de la nación y del Estado en todo lo concerniente a su régimen económico y administrativo; pero no definieron las materias de la competencia municipal, ni el alcance de aquella autonomía. La Constitución de 1922 agregó que como consecuencia de la autonomía "los Concejos Municipales podrán establecer su sistema rentístico". La de 1925 y siguientes hasta la reforma de 1945 inclusive, enumeran las materias de la competencia municipal: organización de servicios municipales, administración de ejidos y bienes propios del municipio, organización de rentas del mismo. La de 1947 y la actual, además de contener las materias de la competencia municipal, expresan el contenido mismo de la autonomía. Según la Constitución en vigor, la autonomía del municipio comprende: la

3. Por ejemplo, el artículo 538 del Código Civil, dispone: "Los bienes pertenecen a la nación, a los Estados a las ***Municipalidades***, a los establecimientos públicos y demás *personas jurídicas* y a los particulares.".

elección de sus autoridades; la libre gestión en las materias de su competencia y la creación, recaudación e inversión de sus ingresos; y, en fin, la garantía de que los actos de los municipios no podrán ser impugnados sino por ante los órganos jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y las leyes.

Se ha discutido entre algunos autores si los municipios son instituciones autónomas o simplemente autárquicas. Es esencial a la autonomía la aptitud del ente de que se trate para darse las normas jurídicas que rijan su actuación, en tanto que para que exista autarquía basta la capacidad del ente para administrarse a sí mismo de acuerdo con las reglas dictadas por una entidad superior y distinta. Aun cuando los preceptos fundamentales del régimen municipal emanan del Constituyente y de las leyes nacionales y del Estado, es lo cierto que los municipios están dotados de potestad legislativa, aunque sobre objetos restringidos y con eficacia limitada a su propio territorio. En efecto, las ordenanzas relativas a los servicios, bienes e impuestos municipales son reglas de derecho de carácter general y obligatorio, aplicables en el espacio territorial del respectivo municipio. Por eso, estimamos que los municipios son, en realidad, instituciones autónomas y, por lo tanto, que el Constituyente se ha expresado con toda propiedad al proclamar la autonomía del municipio.

La autonomía municipal significa que las facultades reconocidas al municipio en el campo de su régimen económico-administrativo, deben ser ejercidas por órganos surgidos de su seno, y no por órganos del Poder Nacional o del Estado. En sentencia del 17 de febrero de 1897 la Alta Corte Federal declaró que la Constitución de un Estado, al constituir a los Jefes Civiles de Distrito en ejecutores de las órdenes de los Concejos Municipales, cuando al mismo tiempo son órganos y agentes propios del poder político del Estado, colide con la disposición de la Carta Fundamental sobre autonomía municipal en su esencia y en el hecho, de modo que ese doble carácter de los Jefes Civiles de Distrito como agentes del poder político del Estado y del poder municipal no se conforma bien con la autonomía del municipio, o por lo menos con sus intereses económico-administrativos. La misma Corte en senten-

cia de 9 de junio de 1897 declaró que, al constituir a los gobernadores de distritos, que son agentes inmediatos del Presidente de Estado, en encargados de cumplir y hacer cumplir los decretos, ordenanzas o resoluciones de los Concejos Municipales, quedan estas corporaciones en cierto modo dependientes del poder político del Estado, lo que menoscaba los derechos del municipio.

En algunos Estados, las leyes orgánicas del poder municipal atribuyen a los prefectos distritales, funciones relativas a la ejecución de ordenanzas u otros actos de los Concejos Municipales referentes al régimen económico-administrativo, lo cual es violatorio del principio de la autonomía municipal. No se aviene con dicho principio la dualidad de funciones de agentes inmediatos del Gobernador y órganos de ejecución de los Concejos Municipales, atribuida por las referidas leyes estadales a los prefectos de distritos.

Según antes se señaló, en la actual Constitución venezolana, se expresa que la autonomía del municipio comprende: 1º) La elección de sus propias autoridades; 2º) La libre gestión en las materias de su competencia; 3º) La creación, recaudación e inversión de sus ingresos. Por vez primera se consigna en el texto constitucional que la autonomía del municipio comprende la elección de sus autoridades; pero esto ya lo había establecido la jurisprudencia del más alto Tribunal, en los fallos que acaban de ser citados.

Otra manifestación de la autonomía del municipio, declarada en la misma Constitución, consiste en que los actos de los municipios no podrán ser impugnados sino por ante los órganos jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y las leyes. En la actualidad el único órgano jurisdiccional ante el cual pueden ser impugnados los actos de los Concejos Municipales es la Corte Suprema de Justicia, autorizada para conocer de peticiones de nulidad de esos actos, por violación de la Constitución nacional o por ilegalidad. Al ser creados en el país tribunales especiales encargados de la jurisdicción contencioso-administrativa, podrán ser facultados para conocer de la nulidad de dichos actos por ilegalidad. En cuanto a la declaración de nulidad de tales actos por violación de la Constitución Nacional es materia cuyo conocimiento no po-

dría ninguna ley desprenderla de la exclusiva competencia de la Corte Suprema de Justicia por disposición de la propia Carta Fundamental.

292. *Los Concejos Municipales*

Según la actual organización municipal del país, en cada una de las capitales de los distritos de los veinte estados funciona un Concejo Municipal, integrado por siete miembros principales y siete suplentes, designados por sufragio universal, directo y secreto, conforme a la ley nacional de elecciones. Son los órganos legales de los derechos del municipio. Duran en sus funciones por todo el período constitucional. Eligen de su seno un Presidente y un Primero y Segundo Vicepresidentes. Eligen, además, un Síndico Procurador Municipal, que, entre otras atribuciones, ejerce la representación del municipio en todos los asuntos judiciales. Designa también cada Concejo un Administrador de Rentas Municipales. Los Concejos Municipales dictan la Ordenanza de Presupuesto de Ingresos y Gastos para cada ejercicio anual y, además, ordenanzas contentivas de las normas reguladoras de las distintas materias de la competencia municipal, tales como urbanismo, transporte urbano, cementerios, mataderos, alumbrado, ejidos, patentes de industria y de comercio; y, en fin, dictan acuerdos y resoluciones sobre asuntos de la competencia municipal. Los Concejos Municipales examinan las cuentas de la Administración de Rentas Municipales, y presentan anualmente ante la Asamblea Legislativa una memoria circunstanciada de la labor realizada durante el año anterior.

293. *Las Juntas Comunales*

En los Estados, en cada uno de los municipios foráneos funciona una Junta Comunal, compuesta de tres miembros principales y de tres suplentes, elegidos anualmente por el respectivo Concejo Municipal. En algunos casos el número de miembros es de cinco.

Las Juntas Comunales no tienen facultades legislativas ni contractuales. Son órganos auxiliares de los Concejos Municipales respectivos, con facultades de observación, petición, inspección y vigilancia.

Las más importantes atribuciones de las Juntas Comunales son las siguientes: solicitar del Concejo Municipal la construcción de las obras públicas que estimen necesarias; velar por la buena marcha de los servicios públicos en su respectiva jurisdicción, e informar al Concejo Municipal acerca de las irregularidades que observen; vigilar la recaudación e inversión de las rentas municipales.

294. *Materias de la competencia municipal*

Las materias de la competencia del municipio son, en síntesis, las siguientes: a) La organización y funcionamiento de los servicios públicos llamados a dar satisfacción a las necesidades de la vida local; b) La administración de los ejidos y demás bienes de propiedad municipal; c) La creación, recaudación e inversión de los ingresos municipales.

295. *Servicios públicos municipales*

La Constitución no contiene una enumeración completa de los servicios cuya organización y funcionamiento están a cargo de los poderes del municipio. Desde hace varias décadas el Constituyente ha empleado en esta materia el procedimiento enunciativo. Así, según la Constitución de 1936, es de la competencia del municipio organizar sus servicios de policía, abastos, cementerios, ornamentación municipal, arquitectura civil, alumbrado eléctrico, acueductos, tranvías urbanos *y demás de carácter municipal.* La actual Constitución declara que son de la competencia municipal *las materias propias de la vida local,* tales como urbanismo, abastos, circulación, cultura, salubridad, asistencia social, institutos populares de crédito, turismo y policía municipal.

Los servicios de urbanismo, cultura, salubridad, asistencia social y turismo no son servicios exclusivamente municipales, sino que son gestionados concurrentemente por el Poder Nacional, el de los Estados y el municipal. La policía municipal es un sector de la policía del Estado.

Conforme a la Constitución Nacional, la ley podrá atribuir a los municipios, competencia exclusiva en determinadas materias,

así como imponerles un mínimo de servicios. Además, según el artículo 137 de la misma Constitución, el Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, podrá atribuir a los Estados y municipios determinadas materias de la competencia nacional, para promover la descentralización administrativa.

296. *Administración de bienes del municipio*

Compete al municipio la administración de sus bienes, adquiridos por cualquier título, entre los cuales tienen señalada importancia los ejidos.

De acuerdo con la antigua legislación española, al fundarse las ciudades bajo el régimen colonial, se señalaban los terrenos ejidos, esto es, destinados al uso y aprovechamiento común, tales como las fracciones de terrenos destinadas a las calles, plazas y caminos y, además, las sabanas de pasto común, los bosques que se hubieran reservado para el uso de todos los vecinos en general, y los sitios destinados al esparcimiento común de los pobladores; y, al mismo tiempo, se separaban otras tierras, adjudicadas al municipio, destinadas a producir rentas para cubrir los gastos públicos. Estos últimos eran los bienes patrimoniales del pueblo, administrados por el Ayuntamiento, y se llamaban propios.

En nuestro derecho actual el concepto de ejidos tiene un sentido más amplio que en la legislación colonial, pues comprende no sólo los terrenos destinados al uso y aprovechamiento común de los moradores, sino también los que pueden ser disfrutados por los individuos en particular en virtud de contratos celebrados con las autoridades municipales.

Según la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, son ejidos:

1º) Los que en concepto de tales han venido gozando varios Concejos y poblaciones de la República que arrancan de la época colonial.

2º) Los que hayan sido adquiridos como ejidos por los respectivos municipios de conformidad con las leyes que han regido anteriormente sobre la materia.

3º) Los resguardos de las extinguidas comunidades de indígenas, salvo los terrenos adquiridos individualmente por los poseedores de fracciones determinadas conforme a la Ley de 8 de abril de 1904 y los derechos adquiridos por la prescripción.

4º) Los terrenos baldíos y privados que pasan al dominio de los municipios que soliciten y obtengan de conformidad con la Ley de Tierras Baldías y Ejidos.

La concesión de tierras baldías a favor de los municipios, según la citada ley, sólo se hará a los que carezcan de ejidos o no los tengan en cantidad suficiente para sus necesidades. Se les podrá dar en adjudicación gratuita de los terrenos que rodean la cabecera del municipio de que se trate, hasta la extensión de dos mil quinientas hectáreas. A falta de tierras baldías suficientes y útiles, podrán otorgarse concesiones o ampliaciones de ejidos, a juicio del Ejecutivo Nacional, sobre tierras públicas o privadas, previa expropiación de las últimas.

Los ejidos son inalienables e imprescriptibles, según disposición de la Constitución actual, que fue incorporada por primera vez al texto constitucional en 1925. Con anterioridad a esa fecha había aparecido la prohibición de enajenar los ejidos en la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1910. Las enajenaciones de ejidos anteriores a dicha ley no pueden considerarse nulas, porque sería darle efecto retroactivo a la expresada ley.

La prohibición de enajenar ejidos comporta dos excepciones, según la Constitución: 1º) Podrán enajenarse para construcciones en los casos establecidos en las ordenanzas municipales y previas las formalidades que las mismas señalen. 2º) También podrán enajenarse con fines de reforma agraria los ejidos que determine la ley, pero siempre se dejarán a salvo los que requiera el desarrollo de los núcleos urbanos.

297. *Ingresos municipales*

Los ingresos del municipio pueden ser clasificados así: 1º) El producto de la administración de sus ejidos y demás bienes municipales; 2º) Las tasas por el uso de los servicios municipales;

3º) Los impuestos y contribuciones especiales; 4º) Las subvenciones estadales y nacionales y los donativos; 5º) Las multas que impongan las autoridades municipales y las demás que legalmente les sean atribuidas al municipio; 6) Los ingresos extraordinarios provenientes de las operaciones de crédito público.

Según antes dijimos, corresponde a los municipios la administración de sus ejidos y demás bienes de su propiedad y, naturalmente, las pensiones de arrendamiento, los dividendos de las acciones, los intereses de los capitales, y demás frutos provenientes de dicha administración, así como el producto de la venta de los bienes que fueren enajenables, ingresarán al Tesoro municipal. Entre estos ingresos se cuentan los provenientes a la cesión a título precario a los particulares, de bienes municipales de uso público (Sent. de la Corte Suprema. M. de 1948; pp. 5 a 7).

Los servicios públicos que prestan por sí mismos los municipios son unos de carácter gratuito y, otros, remunerados. Entre estos últimos, figura el Aseo Urbano. Las tasas pagadas por los usuarios ingresan al Tesoro Municipal.

Los municipios tienen capacidad financiera en virtud de la cual pueden establecer patentes sobre industria y comercio, patentes sobre vehículos, impuestos sobre inmuebles urbanos y espectáculos públicos.

Como se expuso al tratar acerca del Situado Constitucional, una ley orgánica nacional relativa al presupuesto determinará la participación que corresponda a las entidades municipales en el Situado. Aun cuando no ha sido dictada dicha Ley, en ciertas ocasiones, tanto el Gobierno Nacional como los de los Estados, en vista de la insuficiencia de los recursos pecuniarios de los municipios para cubrir sus gastos, les acuerdan subvenciones especiales. Los municipios tienen, además, capacidad legal para recibir de los particulares, donaciones y legados.

Son parte de los ingresos municipales los provenientes del producto de las multas que impongan las autoridades municipales en ejercicio de sus atribuciones legales, y el de las que, en virtud de leyes nacionales o de los Estados, se destinen al fisco muni-

cipal, cualquiera que sea la autoridad que las imponga. Por ejemplo, en los juicios penales por *faltas,* conforme al Código Penal, las multas impuestas serán en beneficio del respectivo fisco municipal.

Finalmente, son ingresos extraordinarios del municipio, los provenientes de las operaciones de crédito público que celebre dicha entidad, con sujeción a la ley nacional, sobre la materia. La Ley de Crédito Público prohibe a los municipios, lo mismo que a los Estados, contratar empréstitos extranjeros. La referida ley dispone que los Estados y los municipios no podrán contratar empréstitos internos o realizar operaciones de crédito público sin la previa aprobación del Congreso, y que éste, antes de dar dicha aprobación, deberá oír las opiniones del Ejecutivo Nacional y del Banco Central de Venezuela. En todo caso, la operación deberá ser sancionada en forma de Ordenanza, por el respectivo Concejo Municipal.

CAPITULO XXXV

ADMINISTRACION DEL DISTRITO FEDERAL, DE LOS TERRITORIOS FEDERALES Y DE LAS DEPENDENCIAS FEDERALES

298. *Creación del Distrito Federal*

En Venezuela, como en los demás países americanos que adoptaron el sistema federal —Estados Unidos de América, México, Brasil y República Argentina— se decidió que el asiento de los órganos supremos del Poder Nacional no se situase en uno de los Estados, sino en un territorio que, por su dependencia de la autoridad federal, se llamaría Distrito Federal. La razón de la creación de un Distrito así denominado en los nombrados países y en Venezuela ha sido el propósito de evitar los conflictos que pudiera generar la coexistencia de una misma circunscripción territorial, de los poderes de la nación y de un Estado autónomo.[1]

Con fecha 29 de febrero de 1864, la Asamblea Constituyente dictó una resolución por la cual el territorio comprendido dentro de los Departamentos de Caracas, Maiquetía y La Guaira de la antigua Provincia de Caracas quedó provisionalmente erigido en Distrito Federal.

En la primera Constitución dictada después de la guerra de los cinco años, sancionada por la referida Asamblea el 28 de marzo de 1864, se dispuso que incumbía a la Legislatura Nacional (lo que hoy se denomina Congreso) erigir y organizar el Distrito Federal en un terreno desplobado que no excedería de diez millas cuadradas y en que se edificaría la capital de la Unión; que ese Distrito sería neutral y no practicaría otras elecciones que las que la ley determinase para su localidad (art. 43, ordinal 2º).

En la misma Carta Fundamental, los Estados se obligan a

1. J. M. Hernández Ron. *Ob. cit.* Tomo I, p. 357.

ceder a la nación el terreno que se necesite para el Distrito Federal (art. 13, ordinal 3º).

En las Constituciones siguientes a la de 1864 se insiste en el propósito de erigir el Distrito Federal en terreno desplobado, donde sería edificada la capital de la Unión, hasta que en 1901 la Constitución dispuso en forma definitiva que el Distrito Federal estaría formado por la ciudad de Caracas, que sería la capital de la Unión, y las parroquias El Recreo, El Valle, La Vega, Macarao, La Guaira, Maiquetía y Macuto.

299. *La Constitución de 1961*

La Constitución que está en vigor dispone que la ciudad de Caracas es la capital de la República y el asiento permanente de los órganos supremos del Poder Nacional, lo que no impide el ejercicio transitorio del Poder Nacional en otros lugares de la República. Agrega el texto constitucional que una ley especial podrá coordinar las distintas jurisdicciones existentes dentro del área metropolitana de Caracas, sin menoscabo de la autonomía municipal.[2] Finalmente, declara que el Distrito Federal y los Territorios Federales serán regidos por leyes orgánicas, en las cuales se dejará a salvo la autonomía municipal.

300. *La Ley Orgánica del Distrito Federal*

Desde la adopción del sistema federal en 1864, la Constitución ha previsto que una ley especial organice el Distrito Federal. La vigente, denominada Ley Orgánica del Distrito Federal, fue mandada a ejecutar el 14 de octubre de 1936, y reformada parcialmente el 27 de julio de 1937.

La Constitución de 1936, bajo cuyo imperio se redactó aquella ley, reconoce al municipio del Distrito Federal, como a los demás de la República, completa autonomía e independencia del

2. Esto se debe a que el área metropolitana de la capital de la República, según decreto Nº 647, de 13 de octubre de 1950, comprende parte del Departamento Libertador del Distrito Federal y una parte del Distrito Sucre del Estado Miranda.

Poder Federal en todo lo relativo a su régimen económico y administrativo; pero al mismo tiempo en su artículo 6º dispone que *deberá quedar a salvo en la ley especial la acción política del Poder Federal, de modo que ésta no sea entrabada.* Con relación a la disposición que hemos subrayado, un distinguido expositor de derecho constitucional observa: "Este principio tiene prevalencia sobre el de la autonomía, porque es la razón misma de la creación del Distrito Federal; y si para su realización es indispensable una limitación de la autonomía, esa limitación es constitucional".[3]

La actual Ley Orgánica del Distrito Federal ha sido elaborada, pues, en acatamiento a ese principio, con el cuidado primordial de que el ejercicio de los atributos de la autonomía municipal no entorpezca o embarace en forma alguna la libre acción política del Presidente de la República, en toda el área del Distrito Federal.

Cuando el Congreso aborde la tarea de discutir una nueva Ley Orgánica del Distrito Federal, surgirán seguramente vivas controversias entre los defensores de la preponderancia del Ejecutivo Nacional y los sostenedores de los fueros municipales.

Se observa, de una parte, que la actual Constitución no contiene el principio transcrito que antes garantizaba la libre acción política del Poder Nacional en el Distrito Federal y, en cambio, el nuevo texto constitucional expresa reiteradamente la preocupación porque en las leyes quede a salvo la autonomía municipal, de donde podría deducirse que en el nuevo orden constitucional tiene prevalencia este principio sobre cualquier otro.

Frente a ese argumento, quizás se alegue que el precepto sobre la libertad de acción política del Poder Nacional hubiera sido superfluo en la actual Constitución, ya que se ha dado al legislador facultad de establecer diversas categorías entre los municipios, y señalar regímenes distintos para los mismos, y sería lógico que en la organización del régimen especial del Distrito Federal se tome en cuenta un factor de primer orden, como es la razón histórica de su creación.

3. Ernesto Wolf. *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano.* Tomo I, p. 122.

Es necesario esforzarse por hallar una fórmula conciliatoria que asegure a un tiempo en el Distrito Federal, la autoridad política del Presidente de la República y el principio de la autonomía económico-administrativa del Municipio.

301. *Régimen gubernativo del Distrito Federal*

Según la Ley Orgánica del Distrito Federal, el régimen gubernativo del Distrito se divide en dos ramas, así: régimen civil y político y régimen administrativo y económico.

302. *Régimen civil y político*

Declara la Ley, que el Presidente de la República es la primera Autoridad Civil y Política del Distrito Federal. Ejercerá sus funciones por medio de un Gobernador, de su libre nombramiento y remoción.

El Presidente de la República, en su carácter de Primera Autoridad Civil y Política del Distrito Federal, tendrá, entre otras atribuciones, las de designar los Prefectos de los Departamentos Libertador y Vargas, de los candidatos que le presente el Gobernador, y la de hacer uso de la fuerza pública, a petición de éste, para la conservación del orden público y la protección de las personas y de la propiedad, cuando las circunstancias lo requieran.

El Gobernador del Distrito Federal tiene un doble carácter: es, en todo lo referente al régimen civil y político, *el órgano inmediato del Presidente de la República;* y además, en todo lo administrativo y económico, *el órgano de ejecución del Concejo Municipal.*

El Gobernador tiene un Secretario de su libre nombramiento y remoción, quien debe refrendar los decretos del Gobernador, requisito sin el cual carecerán de validez, y dictar las resoluciones que el Gobernador le ordene.

El Gobernador, como órgano inmediato del Presidente de la República en lo civil y político, refrenda los decretos del Presidente, relativos al Distrito Federal, y está en el deber de cumplir

y velar por que se cumplan en el Distrito, la Constitución, las leyes nacionales y los decretos y resoluciones del Ejecutivo Nacional. Uno de sus deberes más importantes, en ese aspecto, es el de velar por el mantenimiento del orden, la moral, la decencia pública, la seguridad social, la protección de las personas y de las propiedades, y el acatamiento a sus propias órdenes y a las de otras autoridades, y por el respeto de las mismas, con facultad para imponer a los transgresores la sanción de arresto policial hasta por quince días o multas no mayores de trescientos bolívares (Bs. 300). Corresponde al Gobernador pedir el auxilio de la fuerza pública nacional cuando lo estime necesario o conducente para el mantenimiento del orden público y la protección de las personas y las propiedades y, a su vez, prestar el debido apoyo a los funcionarios públicos que lo requieran para la ejecución de las providencias que dictaren en uso de sus facultades legales. Entran también en sus facultades las de dar o negar permisos para los espectáculos públicos, ordenar la clausura de éstos cuando hubiere motivo para ello y velar por el orden en dichos espectáculos. Le corresponde de igual manera nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, salvo lo antes expresado en cuanto a los Prefectos; y, en fin, asistir al Consejo de Ministros, con derecho a voz y voto en lo relativo al gobierno del Distrito Federal.

El Gobernador, según ya apuntamos es, al mismo tiempo, el órgano de ejecución del Concejo Municipal en lo administrativo y económico. La ley lo denomina la Primera Autoridad Ejecutiva en lo administrativo y económico. En tal carácter, corresponde al Gobernador ejercer, asistido de su Secretario de Gobierno, la administración del Distrito Federal de conformidad con lo dispuesto en ordenanzas y resoluciones del Concejo Municipal; poner el "cúmplase" a las ordenanzas y resoluciones del Concejo Municipal que lo requieran, dentro de los ocho días de haberlas recibido de dicho cuerpo, salvo el ejercicio del derecho de veto, que luego explicaremos; y organizar o dirigir las oficinas de administración del Distrito Federal, con facultad para nombrar y remover libremente sus respectivos empleados, salvo en cuanto al nombramiento del Administrador de las Rentas Municipales, que de-

berá hacerlo de la terna que le presente el Concejo. En materia de obras públicas municipales, le corresponde decretar y ejecutar aquellas cuyo costo individual no exceda de cien mil bolívares (Bs. 100.000), sin que por estos respectos pueda excederse de la suma global que anualmente deba fijarle el presupuesto. Para inversiones que individualmente excedan de cien mil bolívares, o que sumadas a las ya acordadas excedan del total fijado en el presupuesto, deberá obtener previamente la aprobación del Concejo Municipal. Es atribución del Gobernador, con el carácter expresado, la de celebrar contratos de interés municipal, los cuales deberán ser sometidos a la aprobación del Concejo, requisito sin el cual no podrán ponerse en ejecución. Está facultado el Gobernador para presentar al Concejo proyectos de ordenanzas y de resoluciones para su estudio y discusión por dicho cuerpo; y son deberes de aquél, preparar anualmente el proyecto de presupuesto de rentas y gastos, y someterlo al Concejo para su discusión y aprobación, con las adiciones y modificaciones que el Concejo considere del caso; presentar al Concejo, en los primeros quince días del mes de enero de cada año, las cuentas de su administración y una exposición detallada de todas sus actuaciones durante el año anterior.

303. *Régimen económico-administrativo*

Según la citada ley, el conjunto de las veintidós parroquias de los Departamentos Libertador y Vargas constituye el Municipio del Distrito Federal, entidad autónoma en su régimen administrativo y económico.

Dispone dicha ley que el municipio expresado ejerce su autonomía por medio de un Concejo Municipal y del Gobernador, como autoridad Ejecutiva.

El ejercicio de la autonomía municipal del Distrito Federal atribuido por la ley a dos órganos, uno de los cuales es el Gobernador, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, ha provocado prolongados y ardorosos debates. Para muchos juristas es una negación de la autonomía, que la autoridad ejecutiva en lo administrativo y económico sea un agente del

Poder Nacional.[4] En el año de 1937 el Concejo Municipal del Distrito Federal solicitó ante la Corte Federal y de Casación, la declaración de nulidad de las disposiciones de la Ley Orgánica del Distrito Federal contentivas de las atribuciones administrativas del Gobernador. Sostenía el Concejo que en dicha ley, al ser puestas a cargo de una misma persona las funciones federales y las municipales, se crea una confusión entre unas y otras, y quedan supeditadas las últimas a las primeras. La Corte declaró sin lugar la petición de nulidad, entre otras razones porque, a juicio del Alto Tribunal, no existe posibilidad de confusión, porque en la ley están precisadas, tanto las funciones correspondientes al orden civil y político, como las atinentes al orden administrativo y económico. Además, sostuvo la Corte que es insostenible la tesis de una autonomía del Concejo Municipal frente al Gobernador, puesto que la autonomía no puede pretenderse sino contra supuestas invasiones de los poderes nacionales o intermediarios, de las Provincias o Estados, al poder municipal. A juicio de la Corte, la autonomía municipal está distribuida entre el Concejo y el Gobernador; este último, en asuntos administrativos actúa como órgano del municipio, por lo cual no puede verse en ello una intervención del Gobernador como autoridad federal. (Sentencia del 13 de junio de 1938. Memoria de 1939).

Es lo cierto que, como antes advertimos, la Constitución de 1936, bajo cuyo imperio se dictó la Ley Orgánica del Distrito Federal y fueron pronunciadas las expresadas sentencias, consagra (art. 6) el precepto de que en la ley especial relativa al Distrito Federal quede a salvo la acción política del Presidente de la República, de modo que no sea entrabada. El constitucionalista Wolf,

4. Así, el doctor Jesús González Cabrera expone: "Vemos, pues, que la dualidad de funciones correspondientes a los dos regímenes establecidos por la Constitución en el Distrito Federal comienzan por recaer en un mismo funcionario ejecutivo a quien elige y remueve libremente el representante del Poder Federal. Aquí comienza a desviarse el legislador de la intención constitucional, porque si bien las necesidades prácticas pueden aconsejar que sea uno solo el órgano político inmediato del Poder Federal y el Agente Ejecutivo de la Municipalidad, ninguna razón explica que ese funcionario sea designado libre y exclusivamente por uno de los dos poderes autónomos, puesto que ambos ostentan un título común de ejercicio de soberanía". (Jesús González Cabrera. *Caracas y su Régimen Municipal*. Tesis de doctorado. Caracas 1941).

antes citado, opina que la doble función del Gobernador, de representante del poder político y de primera autoridad administrativa, puede justificarse por los fines especiales de la creación del Distrito Federal, en cuanto sirve de asiento al Gobierno Nacional, y en razón de que el referido principio de la Constitución de 1936 permite una excepción de la autonomía municipal.[5]

304. *El Concejo Municipal*

El Concejo Municipal del Distrito Federal es un órgano colegiado, compuesto de veintidós miembros, llamados concejales, elegidos por votación popular, directa y secreta, conforme a lo pautado en la ley nacional de elecciones. Tiene su asiento en la ciudad de Caracas.

El Concejo Municipal elige de su seno un Presidente y un Primero y Segundo Vicepresidentes, quienes en el orden expresado ejercen la representación del cuerpo y la dirección de sus debates. Elige, además, de fuera de su seno, a un Secretario, a quien corresponde suscribir junto con el Presidente, o el que haga sus veces, los actos del Concejo. Este tiene entre sus atribuciones, las de dictar ordenanzas, acuerdos y resoluciones sobre servicios, bienes y rentas municipales y demás asuntos que interesen a la vida local; da o niega su aprobación a los contratos que celebre el Gobernador; presenta a éste, cuando la pida, la terna para el nombramiento de Administrador de las Rentas Municipales; elige de fuera de su seno, al Síndico Procurador Municipal, encargado de sostener y defender en juicio y fuera de él, los derechos del municipio, en todos los asuntos en que tenga interés, cuando el Concejo se lo ordenare; examina la exposición anual del Gobernador, así como las cuentas anuales del mismo, del Administrador de las Rentas Municipales y del Recaudador de Rentas del Departamento Vargas que el primero le presente junto con su exposición, y les da su aprobación o improbación; y, en fin, considera el proyecto de presupuesto de rentas y gastos del municipio que debe presentarle anualmente al Gobernador, y le imparte su aprobación, con las adiciones y modificaciones que estime convenientes.

5. Ernesto Wolf. *Ob cit.*, t. I, p. 147.

305. *Ordenanzas*

Las ordenanzas municipales, o sea, las normas dictadas por el Concejo Municipal acerca de los distintos servicios municipales, administración de ejidos y demás bienes del municipio, y organización de rentas del mismo, deben ser promulgadas por el Gobernador. Este debe ponerles el "cúmplase" dentro de los ocho días de haberlas recibido el Concejo, salvo que tenga razones fundadas para vetarlas. En efecto, si tuviere motivos fundados para pedir su revisión, podrá devolverlas al Concejo dentro del referido plazo de ocho días, con exposición razonada en que pida su reconsideración: en estos casos, el Concejo procederá a la revisión o reconsideración solicitada, con facultades para ratificar, modificar o rechazar la ordenanza vetada por una mayoría de las tres cuartas partes de los presentes, en una sola discusión, teniéndose por definitivamente firme lo que así decida.

La disposición que instituye el derecho de veto del Gobernador ha sido con razón duramente censurada.[6] Tiene más fuerza el veto del Gobernador que el que ejerza el Presidente de la República respecto a las leyes dictadas por el Congreso. La voluntad del Gobernador prevalece sobre la mayoría absoluta de los concejales, ya que para rechazar el veto del Gobernador se requiere una mayoría de las tres cuartas partes de los concejales presentes. Es realmente excesiva la preponderancia que esa disposición confiere al órgano ejecutivo.

306. *Contratos de interés municipal*

En lo relativo a la celebración de contratos de interés municipal, la ley atribuye la iniciativa exclusivamente al Gobernador. El Concejo conoce de los contratos con posterioridad a su celebración, para resolver si les da o les niega su aprobación. Sin la aprobación del Concejo, dichos contratos no podrán ponerse en ejecución. Todo se desarrolla a semejanza de lo que ocurre en la esfera nacional, en la cual los contratos son celebrados por el

6. Ernesto Wolf. *Ob. cit.*, t. I, p. 116.

Ejecutivo, y posteriormente sometidos a la aprobación o improbación del Congreso.

307. *Impuestos municipales*

El Concejo Municipal, mediante ordenanzas, tiene la facultad de crear impuestos, dentro de los límites fijados en la Constitución. Entre los más importantes de esos impuestos, que en la actualidad existen, pueden mencionarse: las patentes de industria y comercio, las patentes de vehículos, el impuesto sobre casas, otros edificios y terrenos sin construir, el impuesto sobre espectáculos públicos, el de afericiones.

308. *El Presupuesto*

Según hemos visto, en materia de presupuesto, tanto en el orden nacional, como en el estadal y municipal la iniciativa corresponde a la rama ejecutiva. En el Distrito Federal, incumbe al Gobernador la elaboración del proyecto de ordenanza de rentas y gastos públicos de cada año, y presentarlo al Concejo Municipal. El Concejo conoce del referido proyecto y, según disposiciones textuales de la ley, puede hacerle las adiciones y modificaciones que considere del caso. La ley no fija límite alguno a los poderes del Concejo Municipal en lo tocante a introducir modificaciones en el proyecto de presupuesto preparado por el Gobernador.

No obstante la claridad de las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica del Distrito Federal (artículo 14, ordinal 8º, y artículo 41, ordinal 14) la Corte Federal y de Casación, en sentencias dictadas en los años de 1938 y 1940, estableció graves limitaciones a los poderes del Concejo en la expresada materia. Según asentó la Corte, en aquellas decisiones, no está autorizado el Concejo para hacer "alteraciones esenciales" al proyecto presentado por el Gobernador pues, a juicio del Alto Tribunal, "toda adición o modificación que hiera lo sustancial del presupuesto es abusiva del poder". La Corte reduce la misión del Concejo en lo atinente al presupuesto a la "aprobación formal" del proyecto preparado por el Gobernador, y prácticamente anula la facultad expresa de

hacer adiciones y modificaciones reconocida por la ley a la Cámara Municipal.

En años posteriores a los citados fallos, el Concejo Municipal del Distrito Federal ha ejercido su derecho de hacer adiciones y modificaciones al proyecto del Gobernador, sin que haya sido, por tal motivo, solicitada ante la Corte, la declaración de nulidad de los respectivos presupuestos.

309. *Juntas Departamental y Comunales*

En el Departamento Vargas funciona una Junta Departamental, con residencia en La Guaira, compuesta de cinco miembros, a saber: el respectivo Prefecto, quien la preside, dos escogidos por el Concejo Municipal, y dos por las organizaciones de comerciantes, empleados u obreros. La expresada Junta es órgano auxiliar del Concejo Municipal; cumple funciones de inspección y vigilancia en cuanto al funcionamiento de los servicios municipales y a la recaudación de las rentas, e informa sobre estos particulares al Concejo; y presenta al Gobernador, a solicitud de éste, terna para el nombramiento del Recaudador de las Rentas del Departamento Vargas.

En cada una de las parroquias foráneas del Departamento Libertador y en cada una de las parroquias del Departamento Vargas, a excepción de La Guaira, funciona una Junta Comunal, para vigilar los intereses y servicios locales. Estas Juntas, compuestas de cinco ciudadanos, nombrados por el Concejo Municipal, son también órganos auxiliares del Concejo, encargados de vigilar e informar al Concejo y hacer propuestas sobre modos de satisfacer las necesidades locales. Tienen, además, dichas juntas la facultad de nombrar y remover al Recaudador de Rentas de la Parroquia.

310. *Los Territorios Federales*

Al igual que el Distrito Federal, los Territorios Federales son regulados por leyes orgánicas, dictadas por el Congreso, en las cuales debe quedar a salvo la autonomía municipal.

Por ley especial podrá darse a un Territorio Federal la categoría de Estado, asignándole la totalidad o una parte de la superficie del Territorio respectivo.

Los Territorios Federales son dos: Amazones y Delta Amacuro. Las leyes orgánicas que los rigen contienen idénticas disposiciones, y ambas fueron sancionadas el 16 de julio de 1940.

Conforme a las citadas leyes, en cada Territorio Federal actúa un Gobernador, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, y un Concejo Municipal, de elección popular. El Gobernador es a un tiempo el órgano inmediato del Presidente de la República, en cuanto al régimen civil y político, y la primera autoridad ejecutiva, en lo relativo al régimen municipal. El Concejo Municipal en cada Territorio Federal está compuesto de cinco miembros. Hay una perfecta analogía entre el régimen gubernativo del Distrito Federal y el de los Territorios Federales. Estos se dividen en Departamentos. La autoridad política en cada Departamento es un Jefe Civil, de libre nombramiento y remoción del Gobernador.

311. *Las Dependencias Federales*

Son Dependencias Federales, según expresa la Constitución, las porciones de territorio de la República no comprendidas dentro de los Estados, Territorios y Distrito Federal, así como las islas que se formen o aparezcan en el mar territorial o en el que cubra la plataforma continental. El régimen y administración de las Dependencias Federales están establecidos en una ley especial dictada por el Congreso.

La Ley Orgánica de las Dependencias Federales actualmente en vigor es de fecha 18 de julio de 1938.

Según dicha Ley, son Dependencias Federales las islas venezolanas del mar de las Antillas, excepto las de Margarita y Coche que constituyen el Estado Nueva Esparta, o cualesquiera otras que se le incorpore constitucionalmente.

Mientras las Dependencias Federales no hayan sido elevadas a la categoría de Territorios Federales, tendrán en los lugares más

poblados y donde las circunstancias lo requieran, un Comisario General, nombrado por el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Relaciones Interiores, y los demás empleados que fueren necesarios.

Todo lo relativo al gobierno y administración de las Dependencias Federales corresponde directamente al Ejecutivo Nacional.

CAPITULO XXXVI

LOS INSTITUTOS AUTONOMOS

312. *Noción general*

Los institutos autónomos son entidades creadas por el Estado, dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad consiste *ordinariamente* en la gestión de servicios públicos, sean éstos de carácter propiamente administrativo, industrial o comercial.

En Venezuela existen actualmente treinta y seis institutos autónomos, creados por los poderes nacionales. Por la amplitud de los recursos que movilizan, la importancia de las actividades que les han sido atribuidas y el crecido número de individuos que forman el personal de los expresados organismos, constituyen un factor muy valioso de la administración pública nacional.

313. *Creación*

De acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Nacional, sólo por ley, y en conformidad con la ley orgánica respectiva, podrán crearse institutos autónomos.

Esta disposición significa que en el orden nacional únicamente el Congreso, y no el Poder Ejecutivo, tiene la facultad de crear organismos de la naturaleza expresada. Dicho precepto está colocado en un capítulo de la Constitución consagrado a la hacienda pública nacional, lo que descarta la posibilidad de que impida la creación de institutos similares de carácter local por decisión de los Concejos Municipales.

Con anterioridad a la actual Constitución, los institutos autónomos nacionales podían ser creados no sólo por ley, sino también durante el receso de las Cámaras Legislativas, por decreto orgánico del Poder Ejecutivo.

El precepto constitucional actual es preciso y categórico. La ley es hoy el único medio que puede ser empleado para la creación de institutos autónomos nacionales.

Por otra parte, la Constitución prevé la elaboración de una ley orgánica de institutos autónomos, que hasta ahora no ha sido dictada, a cuyas disposiciones quedarán subordinadas las leyes especiales relativas a cada instituto en particular.

314. *Ventajas de la creación*

La creación de institutos autónomos obedece a razones de diversa índole. Las actividades de carácter financiero, industrial y comercial, como las encomendadas al Banco Agrícola y Pecuario, al Banco Obrero, a la Corporación Venezolana de Fomento, el Instituto de Petroquímica o a la Línea Aeropostal Venezolana, no podrían estar a cargo de órganos centralizados, desprovistos de personalidad y patrimonio propio porque, en tal caso, los bienes afectados a esos servicios estarían sujetos al régimen legal de la hacienda nacional y, en particular, las recaudaciones y las erogaciones de fondos estarían regidas por el principio de la unidad del Tesoro, lo que sería incompatible con la realización de aquellos cometidos. Tales actividades no pueden ser cumplidas sino por organismos dotados de capacidad civil y autonomía financiera. En las tareas de carácter cultural, como la educación superior, se justifica la creación de institutos autónomos por el propósito de evitar la interferencia de los gobiernos y de los partidos políticos en el proceso y desarrollo de la cultura. Además, tanto en la creación de los organismos de finalidad cultural, como en aquellos de orden asistencial y filantrópico, se procura atraer la liberalidad de personas acaudaladas y propensas a efectuar donaciones y disponer de herencias y legados a favor de instituciones formadas con determinados fines especiales y que, en cambio, no sentirían estímulo alguno en desprenderse de bienes que fueran a confundirse en la masa común de la hacienda pública nacional. Conviene advertir que hasta hoy en nuestro país no han hallado eco entre las personas de fortuna, estas aspiraciones de atraer donaciones, herencias

o legados hacia los institutos de fines culturales, asistenciales o humanitarios.

315. *Inconvenientes*

No es aconsejable la creación de institutos autónomos sino en aquellos casos en que, por una u otra razón, aparezca evidente la necesidad o conveniencia de disponerlo así. En efecto, son numerosos los inconvenientes que ofrece el funcionamiento de esos institutos: por causa de los poderes de decisión confiados a sus administradores, libres como se hallan de la fuerza restrictiva del Presupuesto Nacional, y sometidos como están a controles menos rigurosos que los órganos centralizados, son proclives al aumento de la burocracia y a la dilapidación de los fondos públicos.

316. *Autonomía y autarquía*

La descentralización institucional consiste —según expusimos anteriormente— en el conferimiento de cierta independencia a determinados servicios públicos, a los cuales se dota de personalidad jurídica y patrimonio propio.

La Constitución y las leyes venezolanas denominan "institutos autónomos" los servicios así personalizados. Un sector de la doctrina prefiere llamarlos "autárquicos", por cuanto están regidos por reglas emanadas de una entidad superior y distinta. En Venezuela, por ejemplo, los institutos autónomos están regulados por normas dictadas por el Congreso o el Ejecutivo, órganos de la nación y, únicamente en cuanto a su régimen interno, tales institutos se rigen por reglas dictadas por sus propios órganos. Se estima, en consecuencia, que esos institutos tienen autarquía, es decir, aptitud para gobernarse por sí mismos, pero no autonomía, que es la aptitud para darse su propia ley.

317. *La personalidad jurídica y el patrimonio propio*

Son caracteres esenciales de todo instituto autónomo estar

provisto de personalidad jurídica, y patrimonio propio, distinto e independiente de la hacienda nacional.[1]

Los institutos autónomos son, pues, sujetos de derecho, capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, y de comparecer en juicio como actores o como demandados.

Existe en derecho, una separación completa entre el patrimonio de cada instituto autónomo y la hacienda nacional, o sea, el conjunto de bienes, rentas y deudas que forman el activo y el pasivo de la nación.

Los bienes nacionales, al ser aportados por el Gobierno Nacional a un instituto autónomo, dejan de pertenecer al patrimonio nacional, pues el aporte envuelve una enajenación. Es operación muy distinta la adscripción de bienes nacionales a un Ministerio, porque en tal caso no se verifica la trasmisión de propiedad, pues todos los Ministerios son órganos de una misma persona jurídica, que es la nación o el Fisco. La administración de los distintos bienes de la hacienda nacional se distribuye entre los diferentes Ministerios, lo que no envuelve enajenación alguna.

318. *Los institutos autónomos y el principio de la unidad del Tesoro*

Según el principio de la unidad del Tesoro, consagrado en el artículo 184 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, para los gastos del Presupuesto Nacional, se afectará la masa de los fondos del Tesoro, sin apropiar especialmente los productos de algunos ramos de ingresos, con el fin de atender al pago de determinados ramos de la administración. Este principio tiene dos excepciones, a saber: la primera, que el producto de los empréstitos podrá ser el objeto de afectaciones especiales; y la segunda, que el Poder Ejecutivo está facultado para convenir en que las compen-

1. Las leyes y decretos orgánicos de los institutos autónomos emplean invariablemente la expresión de que esos entes están dotados de personalidad jurídica y "patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco nacional". Nos parece más correcto decir que el patrimonio de un instituto autónomo es distinto e independiente de la hacienda nacional, esto es, del activo y pasivo de la nación.

saciones e indemnizaciones que a favor de la nación se estipulen en la concesión de regímenes especiales sobre servicios, se inviertan en determinadas obras de utilidad pública.

Según el principio de la unidad del Tesoro, los productos de los diversos ingresos de la administración nacional, tales como impuestos, tasas, regalías, producto de la venta de bienes nacionales, intereses de capitales que se adeuden a la nación, dividendos de acciones, pensiones de arrendamiento, y demás rentas, ya sean de derecho público o de derecho privado, deben ser recaudadas por las oficinas receptoras de fondos de la Tesorería Nacional, y constituir en ésta una masa común, destinada a cubrir las distintas necesidades de la administración nacional; por excepción, los ingresos en dinero, provenientes de los empréstitos, quedan separados de la masa común del Tesoro, y destinados a sus fines especiales.

Tratándose de un instituto autónomo, los ingresos provenientes de su administración, no pasan a la Tesorería Nacional, sino a la Caja del mismo instituto, o a sus depósitos bancarios. Así, por ejemplo, las cantidades recaudadas por el Banco Agrícola y Pecuario, el Banco Obrero o la Corporación Venezolana de Fomento, por concepto de cuotas pagadas por sus prestatarios, no ingresan a la Tesorería Nacional, sino a las Cajas respectivas o a los depósitos bancarios de los expresados organismos.

Asimismo, para cubrir los sueldos del personal de los institutos autónomos y, en general, los gastos que ocasione el funcionamiento de los mismos, no pueden expedirse órdenes de pago a cargo de la Tesorería, sino que los cajeros del respectivo instituto, con los dineros de éste, hacen los pagos correspondientes.

Es que, en el Presupuesto General de Rentas y Gastos Públicos de la Nación no figuran como rentas los ingresos provenientes de la administración de esos institutos, ni como gastos, los sueldos del personal de los mismos, ni demás erogaciones que su funcionamiento ocasione. Tales ingresos y erogaciones no se consideran como rentas y gastos públicos, ni están sometidos al régimen de presupuesto que establece la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional.

En el Presupuesto General figurarán como rentas las cantidades líquidas que en ciertos casos, conforme a su régimen especial, deban entregar algunos de esos institutos al Gobierno Nacional. Así, por ejemplo, en la primitiva Ley del Banco Agrícola y Pecuario, el capital de este último, aportado por la nación, devengaría a su favor el dos y medio por ciento anual, pagadero por semestres vencidos. Mientras rigió esa disposición, en el Presupuesto General se inscribía anualmente, entre los ramos de ingresos, la suma que aquel instituto debía pagar a la nación, por intereses.

En el Presupuesto General figurarán como gastos las cantidades con que el Tesoro contribuye a la creación y sostenimiento de los institutos autónomos. Así, por ejemplo, en la Ley General de Presupuesto se incluye anualmente una partida global asignada a las Universidades Nacionales, cuyo monto, según la Ley de Universidades, no puede ser menor del uno y medio por ciento del total de ingresos ordinarios estimados en el respectivo presupuesto. También se incluyen todos los años entre los gastos del Presupuesto General de la Nación, partidas destinadas a cubrir gastos de funcionamiento del Banco Obrero, del Banco Agrícola y Pecuario, del Instituto Agrario Nacional, de la Corporación Venezolana de Fomento, del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, del Instituto Nacional de Cooperación Educativa, y de muchos otros institutos autónomos.

319. *Control fiscal de los institutos autónomos*

La administración de todos los institutos autónomos está sometida a la fiscalización de la Contraloría de la Nación. La administración de la mayoría de esos institutos es, al mismo tiempo, según lo dispuesto en sus leyes o decretos orgánicos, objeto de fiscalización por el Ejecutivo Nacional.

Conforme al artículo 73 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, la administración de los institutos autónomos, en la parte económica y su contabilidad queda sujeta a las disposiciones de dicha ley en materia de control.

Sin embargo, no están dichos institutos sujetos al control previo de sus pagos, ya que ese requisito sólo afecta las órdenes de pago libradas por los Ministros a cargo de la Tesorería Nacional. Los pagos ordenados por los administradores de aquellos institutos se efectúan, pues, sin necesidad de aprobación de la Contraloría.

En cambio, los institutos autónomos están obligados a cumplir las disposiciones legales en materia de control preventivo de los compromisos económicos. Antes de proceder a la celebración de contratos referentes a la utilización de servicios y adquisición de bienes, dichos institutos deberán someter los proyectos respectivos a la aprobación de la Sala de Control, sin la cual aquéllos no tendrán ningún efecto.

También ejerce la Contraloría el control perceptivo sobre la administración de los institutos autónomos. Con tal objeto, es facultad del Contralor General, constituir Contralores delegados en dichos institutos y designar comisionados especiales para inspeccionar las cuentas de los citados organismos y, en general, ordenar toda clase de inspecciones a fin de informar sobre los métodos o procedimientos de manejo, inversiones, o custodia de fondos, valores y materiales y toda clase de bienes y, en fin, practicar arqueos de fondos e inventario de bienes.

320. *Fiscalización ejercida por el Ejecutivo Nacional*

En cuanto a ésta, depende de lo que exprese el estatuto regulador de cada entidad. En efecto, dicha fiscalización es un aspecto de la *tutela administrativa,* la cual sólo existe en la medida en que el derecho objetivo la consagra. En lo relativo a las Universidades del Estado no hay disposición alguna que confiera al Poder Ejecutivo facultades de fiscalización, por lo que en esos organismos sólo puede ejercerse la vigilancia de la Contraloría.

En cambio, en la Ley del Banco Agrícola y Pecuario y en la del Banco Obrero se confieren expresas facultades al Ejecutivo Nacional para inspeccionar anualmente las operaciones de dichos organismos, y enviar comisionados, cuantas veces se juzgue necesario, para el examen y verificación de los libros de contabilidad y

comprobantes. En la Ley del Banco Obrero se autoriza, además, al Ejecutivo, para enviar comisionados especiales a dicho instituto, con facultad para asistir a las sesiones de la Junta administradora, con derecho de voz en sus deliberaciones. El Banco Agrícola y Pecuario deberá desempeñar cualquier función que le encomiende el Ejecutivo Nacional en interés de la economía general del país; y el Banco Obrero, cualquier función acorde con el espíritu de la respectiva Ley, que le sea encomendada por aquél.

La Junta Administradora del Instituto Nacional de Obras Sanitarias requiere la aprobación del Ejecutivo Nacional para obtener de los Concejos Municipales concesiones relacionadas con la construcción y servicios de acueductos y cloacas, y también para enajenar y gravar sus bienes y, en general, para la celebración de contratos relativos al cumplimiento de su cometido.

En lo tocante al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, declara el decreto respectivo, que al Ministerio del Trabajo le corresponde dirigir su política y vigilar la marcha de sus servicios, sin perjuicio de la acción que en materia sanitaria ejerza el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social.

Para apreciar la tutela administrativa que ejerce el Gobierno Nacional sobre determinado instituto, es necesario consultar la ley o el decreto orgánico que rija éste. En términos generales puede decirse que, salvo las Universidades nacionales, los institutos autónomos están sujetos a la expresada tutela, en grado más o menos intenso.

321. *Formación del patrimonio de los institutos autónomos*

Por regla general, el patrimonio inicial de los institutos autónomos está constituido por el aporte de la nación. Después de iniciadas las operaciones, dicho patrimonio puede aumentar mediante nuevos aportes de la nación, o de otras personas, naturales o jurídicas, y en virtud de las ganancias obtenidas como resultado de las negociaciones efectuadas.

En lo tocante al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, su patrimonio está formado así: por las cotizaciones aportadas por

partes iguales entre el patrono y los asegurados, destinadas a cubrir las prestaciones en especie y en dinero y a formar los fondos del seguro enfermedad-maternidad; y por las subvenciones del Gobierno Nacional, destinadas a cubrir los gastos de administración, equipo sanitario y primer establecimiento.

En cuanto al Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), su patrimonio está formado por las aportaciones siguientes: 1º) Una contribución de los patronos, equivalente al uno por ciento del total de los sueldos, salarios, jornales y remuneraciones de cualquier especie, pagados al personal que trabaja en los establecimientos industriales o comerciales no pertenecientes a la nación, los estados ni los municipios; 2º) El medio por ciento de las utilidades anuales, pagadas a empleados y obreros, y aportadas por éstos; 3º) Una contribución de la nación, equivalente a un veinte por ciento (20%) como mínimo, del monto anual de los aportes antes expresados; 4º) Las donaciones y legados hechos al Instituto.

322. *Administración de los institutos autónomos*

En la generalidad de los casos, los institutos autónomos son dirigidos y administrados por cuerpos colegiados de libre designación del Ejecutivo Nacional. Así, las Juntas Administradoras del Banco Agrícola y Pecuario, del Banco Obrero y del Instituto Nacional de Obras Sanitarias, los Directorios de la Corporación Venezolana de Fomento, de la Corporación Venezolana de Guayana y del Instituto Agrario Nacional y la Junta Directiva de la Línea Aeropostal Venezolana, son de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, por órgano de los Ministros respectivos.

Muy distinto es el caso de las Universidades Nacionales, cuyo gobierno es ejercido por órganos surgidos, casi en su totalidad, de los distintos sectores universitarios. En cada una de las Universidades Nacionales la autoridad suprema reside en el Consejo Universitario, el cual está integrado por el Rector, quien lo preside, el Vicerrector, el Secretario, los Decanos de las distintas facultades, un delegado del Ministerio de Educación, un representante de los

egresados y tres representantes estudiantiles. La elección del Rector, del Vicerrector y Secretario, se hará cada cuatro años en la oportunidad que señale el Consejo Universitario, por el claustro, integrado por los profesores, los representantes estudiantiles de cada escuela, elegidos por los alumnos regulares a razón de un representante por cada cuarenta alumnos y uno más por fracción superior a diez, y los representantes de los egresados, a razón de cinco por cada facultad universitaria. Los decanos son elegidos por la Asamblea de la respectiva facultad, integrada por los profesores y los representantes de los estudiantes y de los egresados. El delegado del Ministerio de Educación será de libre nombramiento y remoción de ese Despacho. Como se ve, el Ejecutivo Nacional designa sólo uno de los numerosos miembros del Consejo Universitario que ejerce el gobierno en cada una de las Universidades Nacionales.

En el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, la administración está a cargo de un Consejo Directivo, que es el órgano superior, y de un Director General, que es el órgano de ejecución. El Consejo Directivo está formado por representantes del Ejecutivo Nacional, de los patronos y de los asegurados, así: dos representantes del Ejecutivo Nacional; dos de los patronos y dos de los asegurados. Los seis representantes son calificados y nombrados por el Presidente de la República. Para la calificación y subsiguiente nombramiento de los representantes de los patronos y asegurados, las asociaciones de unos y otros presentarán al Ejecutivo Nacional, los candidatos necesarios. Los seis representantes son nombrados por un período de dos años. El Director General es de libre nombramiento y remoción del Ejecutivo Nacional.

323. *Supresión de institutos autónomos*

En la actualidad la supresión de institutos autónomos sólo puede ser ordenada por una ley. Es la consecuencia lógica del precepto constitucional conforme al cual sólo por ley podrán crearse institutos autónomos.

Antes de existir dicha disposición, la supresión de los insti-

tutos autónomos, como la de todo servicio público, podía ser acordada por el Ejecutivo Nacional, en receso de las Cámaras Legislativas. Por decretos del Poder Ejecutivo fueron suprimidos los siguientes institutos autónomos: La Ganadera Industrial Venezolana, el Instituto Nacional del Café, el Instituto de Abastecimiento de Agua a Margarita y Coche, el Instituto de la Fiebre Aftosa, el Instituto de la Ciudad Universitaria, la Escuela Nacional de Enfermeras y el Instituto del Hierro.

324. *Prerrogativas del Fisco*

Según la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, los institutos autónomos no gozarán, en cuanto a su patrimonio, de las prerrogativas que acuerdan al Fisco nacional las disposiciones del título preliminar de dicha ley, a menos que por sus leyes o reglamentos orgánicos se los otorguen especialmente. La regla consiste, pues, en esta materia, en la negación de los privilegios; para que éstos existan, es necesario que expresamente los consagre la respectiva ley o decreto orgánico.

Las prerrogativas o privilegios acordados al Fisco en la citada ley, en razón de la naturaleza y funciones de aquél, son, entre otros, los siguientes: en caso de inasistencia de los apoderados del Fisco al acto de la contestación de la demanda o de excepciones que hayan sido opuestas, se tendrán unas y otras como contradichas en todas sus partes; es obligatoria la consulta con el Tribunal Superior, de toda sentencia definitiva dictada en juicio en que sea parte el Fisco, salvo disposición especial; no podrá exigirse caución a la nación para una actuación judicial; la nación no podrá ser condenada en costas en ningún caso; no se puede llevar a cabo la ejecución forzosa de una sentencia que condene a la nación al pago de una deuda; los apoderados de la nación actúan en papel común, sin obligación de consumir timbres fiscales.

En algunas de las leyes o decretos orgánicos reguladores de institutos autónomos se otorga a éstos la totalidad de los privilegios que al Fisco acuerda la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, tal como lo dispone el artículo 14 de la Ley de Universidades a favor

de las Universidades Nacionales; en otros estatutos sólo se otorgan algunas de dichas prerrogativas, como en la Ley del Banco Agrícola y Pecuario (artículos 94 y 95), que exime a éste del uso de timbres fiscales y de prestar caución para actuaciones judiciales; y en muchos de esos estatutos orgánicos no se consagra privilegio alguno.

325. *Enumeración de los institutos autónomos*

Las relaciones del Ejecutivo Nacional con los institutos autónomos se hacen a través de los Ministerios. Con esa finalidad, cada instituto está adscrito a un Departamento Ejecutivo. A continuación se mencionan los treinta y seis institutos autónomos de carácter nacional que en la actualidad existen en Venezuela, clasificados en relación con los Ministerios a los cuales están adscritos.

Al Ministerio de la Defensa: el Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas Nacionales, el Instituto Autónomo de Diques y Astilleros Nacionales, el Instituto Autónomo Círculo de las Fuerzas Armadas y el Instituto de Oficiales de las Fuerzas Armadas en Disponibilidad y Retiro.

Al Ministerio de Fomento: La Corporación Venezolana de Fomento y la Corporación Venezolana de Guayana.

Al Ministerio de Obras Públicas: el Banco Obrero, el Instituto Nacional de Obras Sanitarias y el Instituto de Administración del Parque del Este.

Al Ministerio de Educación: las Universidades Nacionales, a saber: la Central de Venezuela, la de Los Andes, la del Zulia, la de Carabobo y la de Oriente; y además, el Instituto Nacional de Deportes, el Instituto Nacional de Cooperación Educativa, el Instituto de Previsión y Asistencia para el Personal del Ministerio de Educación y el Instituto Nacional de la Cultura.

Al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social: el Consejo Venezolano del Niño, el Hospital Universitario de Caracas, el Patronato de Ancianos e Inválidos, el Instituto Nacional de Nutrición, el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas y el Patronato Nacional de Comedores Escolares.

Al Ministerio de Agricultura y Cría: el Banco Agrícola y Pecuario, el Instituto Agrario Nacional, el Instituto Nacional de Hipódromos y el Fondo Nacional de Investigaciones Agropecuarias.

Al Ministerio del Trabajo: el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, el Instituto para Capacitación y Recreación de los Trabajadores.

Al Ministerio de Comunicaciones: la Línea Aeropostal Venezolana, el Instituto Autónomo Administración de Ferrocarriles del Estado.

Al Ministerio de Minas e Hidrocarburos: la Corporación Venezolana de Petróleo, el Instituto Venezolano de Petroquímica y el Instituto Nacional de Canalizaciones.

Al Ministerio de Justicia: la Caja de Trabajo Penitenciario.

CAPITULO XXXVII

DOMINIO PUBLICO Y DOMINIO PRIVADO DEL ESTADO

326. *Noción general*

La nación, los Estados y los municipios tienen la pertenencia de bienes materiales, muebles e inmuebles. Los bienes de cada una de esas entidades se dividen en dos grandes categorías: bienes del dominio público, y bienes patrimoniales o del dominio privado.

Existe, pues, el dominio público de la nación, el dominio público de cada uno de los Estados y el dominio público de cada municipio. Paralelamente cada una de las mencionadas personas tiene su dominio privado o conjunto de bienes patrimoniales.

En sentido amplio, el vocablo Estado comprende la totalidad de las entidades estatales, por lo que la expresión "dominio público del Estado" abarca el dominio público de la nación, los Estados y los municipios.

El dominio público está sometido a un régimen jurídico especial, caracterizado principalmente por el principio de la inalienabilidad. El dominio privado, en cambio, está regido por las normas de derecho común, salvo determinadas reglas especiales.

Antes de examinar la extensión y caracteres del dominio público en el derecho venezolano, conviene presentar los rasgos de ese régimen en algunos países de tradición jurídica vinculada a la nuestra.

SECCION I

EL DOMINIO PUBLICO EN FRANCIA

327. *Ausencia de distinción en el Código Civil francés*

La distinción entre el dominio público y el dominio privado del Estado no la establece en Francia la ley, sino la doctrina y la

jurisprudencia. El Código Civil francés emplea la locución "dominio público", pero no en el sentido específico de una masa determinada de los bienes del Estado sujeta a un régimen especial, sino en el sentido de conjunto total de los bienes del Estado. Dominio público tiene, pues, en el Código Civil francés la significación de "dominio del Estado".

La doctrina y la jurisprudencia han establecido la distinción entre las dos clases de bienes pertenecientes al Estado: los bienes del dominio público (en sentido estricto) y los bienes del dominio privado. Se considera que ciertos bienes del Estado son absolutamente necesarios, y por ello requieren una protección especial: son las dependencias del dominio público. Los demás bienes del Estado forman el dominio privado, y están regidos por las normas del derecho común.

Dos teorías han surgido sucesivamente, destinadas a precisar el alcance del dominio público, a saber: la teoría clásica, sostenida por Ducrocq y H. Berthélemy; y la teoría moderna, por Hauriou.

328. *Teoría clásica del dominio público*

La teoría que prevaleció en el siglo pasado y comienzos del presente limita la extensión del dominio público al conjunto de bienes no susceptibles de propiedad privada y afectados al uso directo del público. Según Ducrocq, "la primera condición que debe presentar un inmueble para constituir una dependencia del dominio público es no ser susceptible de propiedad privada por su naturaleza". En opinión del nombrado expositor, los bienes del dominio público no pueden ser propiedad de nadie; y para el Estado mismo "el dominio público no es un dominio de propiedad", pues esta naturaleza de bienes no tiene la cualidad de propiedad: aun desde el punto de vista del Estado, que no tiene sobre él sino la superintendencia, con misión de conservarlo para las generaciones futuras".

El profesor H. Berthélemy, partidario de la concepción de Ducrocq, nos dice que los bienes del dominio público sirven a todo el mundo, como los ríos, los caminos y los puertos; que su natu-

raleza o su destino los hacen parecerse a la *res communes,* cuya apropiación no puede concebirse.

329. *Teoría moderna del dominio público*

Durante el presente siglo se ha ampliado la noción del dominio público. Según la teoría de Hauriou, seguida por los más calificados expositores actuales, forman el dominio público los bienes del Estado afectados al uso directo o indirecto del público. Conforme a esta concepción, no es la naturaleza de los bienes lo que caracteriza el dominio público, ni es condición necesaria para pertenecer a éste que los bienes estén destinados al uso directo del público. La nueva concepción tiene mayor amplitud, por cuanto abarca en el dominio público, no sólo los bienes afectados al uso directo del público, como los caminos, los ríos, las riberas del mar y las calles, sino también aquellos afectados al funcionamiento de servicios públicos, las cuales se reputan destinados al uso indirecto del público. Unos y otros bienes se consideran afectados a la utilidad pública.

330. *Dominio público y derecho de propiedad*

Según la teoría clásica de Ducrocq, hay una diferencia de naturaleza física entre las dependencias del dominio público y las del dominio privado. Sólo se consideran bienes del dominio público los que, por su naturaleza física, son insusceptibles de ser objeto de propiedad privada. La doctrina moderna estima que en realidad no existe esa diferencia de naturaleza física, pues existen calles y caminos de propiedad privada que en nada se diferencian de las calles y caminos del dominio público.

Según los partidarios de la teoría clásica, el Estado no ejerce sobre los bienes del dominio público un derecho de propiedad. Se alega que, en efecto, no ejerce ninguno de los atributos de la propiedad: ni el *jus utendi,* que corresponde al público; ni el *jus fruendi,* ya que esos bienes no producen frutos; ni tampoco el *jus abutendi,* por ser inalienables dichos bienes.

Frente a esas objeciones, los autores modernos han razonado así: 1º) El Estado usa del dominio afectado a los servicios públicos; y en cuanto a las partes del dominio público del uso directo del público, tales como los caminos y los ríos, se puede aun sostener que el Estado no es otra cosa que el público jurídicamente organizado; 2º) El Estado percibe las rentas de toda clase que procura su dominio público, por ocupación, por concesiones de publicidad o por los frutos de los árboles de los caminos; 3º) En fin, la inalienabilidad de los bienes del dominio público no equivale a la colocación definitiva de estos bienes fuera del comercio, pues al ser desafectados, cesa la inalienabilidad, y es difícil que la desafectación tenga la virtud de crear un derecho de propiedad que antes no existía.

La doctrina moderna sostiene, en consecuencia, que el Estado tiene sobre su dominio público, un derecho de propiedad. Este derecho comprende cuatro elementos: a) El derecho de percibir las rentas que pueden producir las dependencias dominiales, tales como los derechos portuarios, peajes y demás tasas provenientes del uso de ciertas obras públicas; b) El precio de las cosas del dominio público, el cual está latente mientras dura la afectación, pero aparece en caso de desafectación; c) La obligación de soportar los gastos conservatorios de los bienes del dominio público; d) La carga de la responsabilidad por los daños causados a terceros por estos bienes.

331. *Noción del dominio público en el proyecto de Código Civil francés*

Una comisión de reforma del Código Civil, en sesión del día 6 de noviembre de 1947 adoptó los textos siguientes: 1º) Salvo disposición contraria de la ley, los bienes de las colectividades administrativas y de los establecimientos públicos no están comprendidos en el dominio público sino bajo la condición, sea de estar puestos o dejados a la disposición directa del público usuario, sea de estar afectados a un servicio público, siempre que en este caso estén, por naturaleza o por arreglos particulares, adaptados exclusiva o esencialmente a la finalidad particular de estos servicios.

2°) Los bienes de la colectividad administrativa y de los establecimientos públicos afectados a un servicio público de carácter industrial o comercial no forman parte del dominio público, salvo disposición especial.

Aunque estas disposiciones no tengan fuerza legal, expresan —según observa el profesor Waline— en una redacción muy estudiada, la opinión general sobre el problema. En dicha redacción se acoge la teoría moderna del dominio público, por cuanto en él se incluyen los bienes puestos o dejados a disposición directa del público y asimismo los bienes afectados a un servicio público. Debe advertirse que estos últimos son admitidos restrictivamente: no todos los bienes del Estado afectados al funcionamiento de un servicio público se consideran parte del dominio público, sino únicamente *aquellos que por naturaleza o en virtud de arreglos especiales están adaptados exclusiva o esencialmente a la finalidad particular de estos servicios*. El profesor Waline ya en 1946, en la cuarta edición de su *Manual,* sostenía que forman parte del dominio público los bienes pertenecientes al Estado que, en razón de su configuración natural o de un arreglo especial, o en razón de su importancia histórica o científica, sean necesarios para un servicio público o para la satisfacción de una necesidad pública, y no pueden ser reemplazados por otros en estas funciones; y agregaba que un camino, una vía férrea, una vía navegable o un fuerte, forman parte del dominio público, porque si son destruidos, la necesidad de restablecerlos aparecerá inmediatamente con carácter pronunciado de urgencia y que, al contrario, un edificio de prefectura o de ministerio, una escuela misma, no son dependencias del dominio público porque, si son destruidos, los servicios que abrigan pueden ser transferidos sin inconveniente mayor a cualquier inmueble. Se ve, pues, que tales ideas han inspirado a los proyectistas de la reforma del Código Civil. Por último, se observa que en los textos insertos se excluyen del dominio público, los bienes del Estado afectados a un servicio público de carácter industrial o comercial.

SECCION II

EL DOMINIO PUBLICO EN ITALIA

332. *Disposiciones legales*

Según el Código Civil italiano, *pertenecen al Estado,* y son parte del dominio público: la ribera del mar, la playa, las radas y los puertos, los ríos, torrentes y otras aguas, y las obras destinadas a la defensa nacional. Añade el legislador que son igualmente parte del dominio público, *si pertenecen al Estado,* las calles, los caminos y las vías férreas, los acueductos, los inmuebles reconocidos de valor histórico, arqueológico o artístico; los objetos de los museos, de las pinacotecas, de los archivos y bibliotecas; y, en fin, los demás bienes que por ley están sujetos al régimen del dominio público. Los bienes que forman parte del dominio público, conforme al citado Código, son inalienables, y no pueden ser objeto de derechos a favor de terceros.

Según el mismo Código, los bienes pertenecientes al Estado, las provincias y comunas que no sean de la especie de los indicados como pertenecientes al dominio público, constituyen el *patrimonio* del Estado, de las provincias o comunas. En la misma condición se encuentran todos los bienes pertenecientes a los entes públicos no territoriales.

333. *Doctrina*

La doctrina italiana divide los bienes pertenecientes a los entes públicos en dos grandes categorías: a) Bienes del dominio público (*beni demaniale o publicci*), y b) Bienes patrimoniales (*beni patrimoniali*). Los bienes patrimoniales a su vez se subdividen en bienes patrimoniales indisponibles (*beni patrimoniali indisponibili*), y bienes patrimoniales o rentísticos (*beni patrimoniali disponibili o reddititizi*).

Durante algún tiempo se debatió en la doctrina italiana si sólo debían considerarse dependencias del dominio público los bie-

nes destinados al uso directo de los habitantes, tales como las calles, los caminos, los ríos y las playas, o si también debían ser incluidos en el dominio público, los bienes sometidos al uso indirecto del público, por servir para el funcionamiento de servicios públicos, tales como los edificios destinados a hospitales y escuelas. Ha terminado por triunfar el criterio restringido, esto es, el que estima que el uso público debe ser directo para configurar el dominio público. A título excepcional se incluyen en el dominio público, por expresa determinación de la ley, las obras militares y las vías férreas, que son bienes afectados al funcionamiento de servicios públicos, y no al uso directo e inmediato de todos los habitantes.

También se incluyen en el dominio público, a título excepcional, por determinación de la ley, ciertos bienes de naturaleza mobiliaria: los objetos de los museos, de las pinacotecas, de los archivos y bibliotecas pertenecientes al Estado.

El derecho del Estado sobre los bienes del dominio público se considera un derecho de propiedad, aunque no idéntico a la propiedad privada. Los bienes del dominio público son objeto "de una propiedad particular y específica del Estado y de los entes públicos premencionados, propiedad que, por lo tanto, podemos llamar pública" (Zanobini, *ob. cit.,* tomo I, p. 216).

Los bienes patrimoniales (*beni patrimoniali*) están sujetos a las normas establecidas por el Código Civil para la propiedad privada, salvo las disposiciones que a su respecto puedan prescribir las leyes administrativas. Por lo general, son enajenables y prescriptibles, y pueden ser objeto de cualquier negocio de derecho privado.

Sin embargo, la distinción que establece la ley entre bienes indisponibles (*beni indisponibili*) y bienes disponibles (*beni disponibili*) limita parcialmente la aplicación de estos principios para los bienes indisponibles.

Son bienes *indisponibles* aquellos que tienen carácter de *utilidad pública inmediata,* en cuanto están destinados a servicios públicos o a producir de cualquier manera una utilidad para la generalidad de los habitantes (edificios asiento de las autoridades públicas, ar-

mamentos). Los bienes *disponibles* tienen una utilidad pública mediata, o sea, indirecta, en cuanto sirven para producir ingresos pecuniarios o rentas del Estado u otro ente público que sea su propietario (edificios y terrenos dados en arrendamiento capitales invertidos en títulos de crédito). La indisponibilidad no equivale, sin embargo, a la inalienabilidad. La indisponibilidad significa que los bienes no pueden ser sustraídos a su destino, salvo las causas y modos que prevén las leyes administrativas, esto es, que los bienes indisponibles "no pueden ser objeto de negocios jurídicos que tengan por consecuencia un cambio de destino" (Zanobini, *Ob. cit.*, t. I, p. 218).

SECCION III

EL DOMINIO PUBLICO EN ESPAÑA

334. *Disposiciones legales*

El Código Civil español clasifica los bienes así: son de dominio público o de dominio privado. Y declara que son bienes de dominio público: 1º) Los destinados al *uso público,* como los caminos, los canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos. 2º) Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados al servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras no se otorgue su concesión. Añade el legislador hispano que son bienes de uso público en las provincias y en los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos y provincias. (Código Civil, arts. 338, 339, 343 y 344).

335. *Doctrina española*

La doctrina descubre en los bienes del Estado, de las provincias y de los municipios, dos categorías: la de los bienes afectados

a la utilidad general y al servicio público, que forman el dominio público; y la de aquellos bienes que la administración utiliza como un particular, los cuales integran el *patrimonio*.

Es discutida en España la idea de si el dominio público constituye o no una verdadera propiedad. Gascón y Marín, entre otros, sostiene la tesis negativa. "Los bienes del dominio público —escribe el nombrado autor— están colocados bajo la autoridad exclusiva del Estado, es cierto, pero el uso de los mismos, la verdadera utilización del dominio, en nada semeja el uso y utilidad de las cosas de derecho privado".[1] Prevalece la tesis contraria, la que reconoce al dominio público como verdadera propiedad. En tal sentido, entre otros, opina García Oviedo, quien expone: "La utilidad pública que preside estos bienes impone a los mismos un régimen jurídico especial, sin que por esto se desnaturalice su carácter de verdadera propiedad".[2]

Los bienes del dominio público se clasifican por la manera como cumplen el fin de utilidad pública a que están afectos, en dos grupos: los entregados al *uso general,* y los que, reservados a un servicio público, están sustraídos al mencionado uso. Los primeros, se afirma, son aprovechados *uti singuli* (carreteras, playas). Los segundos, *uti universi,* esto es, por la colectividad unitariamente considerada y por órgano de la administración, como las obras militares.

Se consideran caracteres del dominio público: su inalienabilidad, su imprescriptibilidad, su inembargabilidad, y la imposibilidad de ser hipotecado.

No hay acuerdo entre los autores en cuanto a la determinación de la extensión del dominio público. La discrepancia recae, principalmente, sobre si debe o no incluirse en el dominio público, los edificios pertenecientes al Estado, las provincias y los municipios, destinados a servir de asiento a servicios públicos civiles, y ciertos bienes de naturaleza mobiliaria, como objetos de arte, libros y documentos.

1. José Gascón y Marín. *Tratado de Derecho Administrativo.* Madrid, 1948, Tomo I, p. 375.
2. Carlos García Oviedo. *Derecho Administrativo.* Madrid, 1955, p. 346.

Para la mayoría de los autores, no forman parte del dominio público los edificios de los Ministerios, de los hospitales ni las Casas Consistoriales, porque "no son elementos constitucionales de los respectivos servicios, sino medios que los hacen posibles, pero que pueden ser sustituidos por otros, sin su menoscabo" (García Oviedo, p. 350). Royo Villanova y Alvarez Gendín, en cambio, opinan que aun cuando el Código Civil no resuelve el problema, por no expresar entre las dependencias del dominio público más que las obras militares, no es *admisible* la exclusión de ese dominio, de los edificios públicos civiles, con los cuales mantiene el Estado una relación de derecho público en cuanto al sujeto, que lo es el Estado, como representante de la colectividad, y en cuanto al fin, porque se propone un servicio público. La ley española de educación primaria de 17 de julio de 1945 declara que los edificios escolares de propiedad del Estado gozarán de la consideración del dominio público. Royo Villanova afirma que no hay razón para que los demás edificios públicos tengan diferente consideración jurídica" [3]

También está dividida la opinión en cuanto a la dominialidad pública respecto de los objetos muebles artísticos o históricos del Estado, la provincia o el municipio.

SECCION IV

EL DOMINIO PUBLICO EN VENEZUELA

336. *Necesidad del dominio público*

La nación, los Estados y los municipios tienen un conjunto de bienes particularmente necesarios para el público o para el funcionamiento de los servicios públicos. Son aquellos destinados al uso directo del público, o bien, al uso indirecto del mismo, por intermedio de los servicios públicos; por ejemplo: una carretera, una calle, una plaza, un paseo, una fortaleza, una vía férrea. Esta parte

3. Antonio Royo Villanova. *Elementos de Derecho Administrativo.* Valladolid, 1952, T. I, pp. 447 y 448.

de los bienes de las entidades administrativas se denomina el dominio público. Por cuanto se trata de bienes necesarios para la colectividad, porque su pérdida o menoscabo significaría un grave trastorno para ésta o una causa de interrupción de los servicios públicos, se impone la consagración de ciertos principios de derecho, encaminados a proteger estos bienes. Se llama dominialidad pública el régimen jurídico que asegura una protección especial a esta masa de bienes de las entidades administrativas.

El régimen de dominialidad pública tiene por objeto librar estos bienes de las negociaciones que irreflexivamente pudieran realizar las autoridades administrativas, y de las usurpaciones por parte de terceros.

Conviene distinguir del dominio público las cosas comunes, como la alta mar, el aire y la luz solar, puestas por la naturaleza a disposición de todos los hombres y cuyo fin natural es incompatible con cualquier apropiación exclusiva. Su propiedad corresponde a la humanidad. *Res communes omnium* era la expresión que se les aplicaba en el derecho romano.

337. *Extensión del dominio público*

Conforme al Código Civil (art. 539, primer aparte) son bienes del dominio público: los caminos, los lagos, los ríos, la murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes.

Como se ve, se trata de una enumeración enunciativa, en la cual figuran bienes de uso directo del público (los caminos, los lagos, los ríos) y bienes destinados al funcionamiento del servicio público de la defensa (las murallas, los fosos, los puentes de las plazas de guerra). El rasgo común de unos y otros es su afectación a una finalidad de utilidad pública.

El artículo 541 del Código Civil, al disponer que todos los bienes que dejen de estar destinados al uso público y a la defensa nacional, pasan del dominio público al dominio privado, parece indicar que sólo forman el dominio público los bienes destinados a

una u otra de las finalidades expresas —uso público o defensa nacional— y, por consiguiente, que los bienes destinados a cualquier servicio público que no sea el de la defensa nacional, pertenecen al dominio privado.

Sin embargo, se observa que el artículo 540 del mismo Código dispone: "Los bienes del dominio público son de uso público o de uso privado de la nación, de los Estados y de las municipalidades". De esta disposición se desprende que existen bienes del uso privado de los Estados y de los Municipios. Esos bienes no pueden estar destinados a la defensa, que es un servicio exclusivamente nacional. Luego, existen bienes del dominio público destinados a otros servicios públicos.

Es evidente que todos los bienes de uso directo del público pertenecientes a una cualquiera de las personas públicas territoriales forman parte del dominio público. Al igual que los caminos, los lagos y los ríos, mencionados en el Código Civil, son bienes del dominio público: las riberas del mar, los puentes, carreteras, calles, avenidas, parques y jardines públicos.

Surgen dificultades para determinar entre los bienes pertenecientes a aquellas entidades que no sean de uso directo del público, cuáles forman parte del dominio público, y cuáles corresponden al dominio privado de esas mismas entidades. Es particularmente grave resolver si todos los edificios públicos están o no incluidos en el dominio público. Debe descartarse la idea de que todos los bienes pertenecientes al Estado destinados a una finalidad de servicio público formen parte del dominio público. No formarían parte de dicho dominio aquellos bienes fácilmente sustituibles o reemplazables, cuya posesión en poder del Estado no resulta necesaria para la marcha del servicio expresado. No integran, pues, el dominio público, las casas adquiridas por la nación y destinadas al funcionamiento de tribunales, notarías u oficinas de registro público, correos o telégrafos, escuelas o unidades sanitarias. Forman parte del dominio público todos los bienes pertenecientes a las entidades públicas territoriales que, en razón de su configuración natural o de una construcción o adaptación especial, o bien por

su importancia histórica, científica o artística, sean necesarios para un servicio público o para dar satisfacción a una necesidad pública y no podrían sin dificultad ser reemplazados en este papel.

338. *Naturaleza del derecho del Estado sobre los bienes del dominio público*

Según el artículo 525 del Código Civil venezolano, las cosas que pueden ser objeto de *propiedad pública* o privada son bienes muebles o inmuebles. Conforme al artículo 538 del mismo Código, los bienes pertenecen a la nación, a los Estados, a los municipios, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares. Y el artículo 539 *ejusdem* dispone que los bienes de la nación, de los Estados y de los municipios son del dominio público o del dominio privado. De tales disposiciones se desprende que el legislador venezolano considera que los bienes que constituyen el dominio público son objeto de la "propiedad pública", y no de un simple derecho de guarda o superintendencia.

Por otra parte, con excepción de los bienes del dominio público natural (ríos, lagos, riberas del mar) el Estado adquiere los bienes del dominio público por los medios habituales de adquisición de la propiedad previstos en el Código Civil; y en caso de desafectación, puede disponer de esos bienes por medio de las operaciones previstas en el citado Código. El Estado, además, usa de dichos bienes en una u otra forma; y en ocasiones percibe frutos de los mismos. Finalmente el Estado puede ejercer, como los particulares, la acción reivindicatoria para recuperar las porciones de su dominio público que estén en posesión de terceros.

339. *Afectación y desafectación*

Se entiende por afectación la colocación de una propiedad del Estado dentro del régimen de la dominialidad pública, mediante la consagración de aquélla a una finalidad de utilidad pública.

La afectación de los bienes integrantes del dominio público natural se opera de derecho por la entrada en vigencia de la ley que así los declara (Villegas, t. 4, p. 322).

En cuanto a la afectación de los bienes del dominio público artificial, se opera tácitamente —a nuestro parecer— por la entrega de los bienes al uso público o al funcionamiento del servicio público. No existe en el ordenamiento jurídico nacional disposición alguna que imponga la necesidad de una declaración formal de la autoridad sobre la afectación de esos bienes. La inauguración de las obras que constituyen bienes del dominio público, como un puente o una avenida, es un acto que carece de relevancia jurídica. El hecho material de la puesta en servicio de las obras, las incorpora en el dominio público, sin necesidad de una declaración administrativa sobre la afectación.

Según el Código Civil, los terrenos de las fortificaciones o de las murallas de las plazas de guerra que no tengan ya ese destino, y todos los demás bienes que dejen de estar destinados al uso público y a la defensa nacional, pasan del dominio público al dominio privado. Es el fenómeno llamado la *desafectación,* en virtud del cual los expresados bienes son extraídos del dominio público y colocados en el patrimonio de la entidad a que pertenecen, en condiciones de ser objeto de negociaciones de derecho privado.

Los bienes del dominio público natural pueden sufrir un cambio de destino en virtud de la ejecución de obras de ingeniería o por causas de la naturaleza. Por ejemplo, si mediante ciertos trabajos o por hecho natural cambia el curso de un río navegable, el cauce abandonado pasa al dominio privado. Igualmente, los trabajos de desecación de un lago con el propósito de destinar sus tierras a la agricultura, tienen por efecto, terminada la desecación, de que tales tierras pasen al dominio privado.

También los bienes del dominio público artificial pueden cambiar de destino, ya sea por decisión de la autoridad administrativa, o por hechos externos, de la naturaleza o de terceros. Por determinación de la autoridad puede quedar fuera de la circulación y, por lo tanto, desafectado de la dominialidad pública, un tramo de carretera, en virtud de una rectificación de la vía. En caso de quedar completamente derruida una fortaleza, ya por orden del gobierno, o por efecto de un terremoto o de un bombardeo de fuerzas enemigas, los terrenos pasan al dominio privado de la nación.

Puede también ocurrir que ciertos bienes del dominio público, aunque no hayan sufrido alteración alguna en su naturaleza física, cesen, según decisión de la autoridad, de ser necesarios para el servicio público. Por ejemplo, un antiguo hospital es desocupado, para ser reemplazado por uno moderno.

Para muchos autores la desafectación requiere siempre un acto formal que la declare. Es la opinión dominante en Francia. La desafectación —según el profesor Berthélemy— no puede resultar del solo hecho, por el cual la cosa se haga imposible para el destino público del dominio. Según Waline, toda venta de bienes que han pertenecido al dominio público es nula si no ha sido precedida de una formalidad que tenga por objeto constatar oficialmente que aquéllos no son necesarios a la administración, haciéndolos pasar, en consecuencia, del dominio público al dominio privado. Bielsa a la vez —acogiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina— sostiene que la desafectación ha de efectuarse, en principio, por un acto administrativo; que sólo excepcionalmente se desafecta por hechos, siendo aun entonces necesaria la "rectificación administrativa".[4]

El profesor argentino Villegas Basavilbaso sostiene, en cambio, que la desafectación puede ser tácita o formal, y afirma que no se requiere acto administrativo que así lo declare en el supuesto de la demolición total de un bien público por causa de la naturaleza o por hechos ilícitos.

A nuestro parecer, la desafectación debe siempre ser declarada por la autoridad administrativa. No basta que el fenómeno natural o la acción ilícita de terceros hayan dañado o destruido la cosa, o la hayan hecho inapta para su destino público, porque puede quedar la duda sobre la posible restauración o reconstrucción de la dependencia afectada. Una resolución emanada del Ejecutivo Nacional o estadal, o del respectivo Concejo Municipal, según el caso, debe contener una declaración pertinente. Sólo en vista de la declaración administrativa puede considerarse cumplida la condición pautada en el Código Civil de que los bienes han de-

4. Bielsa, *Derecho Administrativo,* t. III, p. 15.

jado de estar destinados al uso público y a la defensa nacional y, por ello, han pasado del dominio público al dominio privado.

340. *División del dominio público, según su naturaleza*

Desde el punto de vista de la naturaleza de los bienes que lo componen, el dominio público se divide así: terrestre, marítimo, fluvial y lacustre. Se habla también del dominio público aéreo.

1) *Dominio público terrestre.* El dominio público terrestre comprende: a) Las vías de comunicaciones terrestres, tales como las calles, avenidas, caminos, carreteras, autopistas, vías férreas; b) Los lugares públicos de esparcimiento, como las plazas, parques y paseos; c) El dominio público militar, constituido por los cuarteles, fortalezas y demás bienes semejantes; d) Los edificios construidos o adaptados especialmente para fines de utilidad pública o para el funcionamiento de los servicios públicos; e) Los objetos mobiliarios que sean necesarios para el uso público o para el buen funcionamiento del servicio público. Según lo expuesto, en Venezuela forman parte del público terrestre, entre otros inmuebles: el Palacio Federal, el de Miraflores, los Museos de Bellas Artes y de Ciencias Naturales, el Palacio de las Academias, los edificios de Liceos, Grupos Escolares, la Escuela Militar, los hospitales, los edificios especialmente construidos y adaptados para Gobernaciones de los Estados y para Casas Municipales, los mercados y acueductos. También corresponden al dominio público, por su importancia histórica: la Casa Natal del Libertador, el Panteón Nacional, la Casa Amarilla, el edificio del Concejo Municipal del Distrito Federal, el Monumento del Campo de Carabobo, el Ingenio de San Mateo y el Museo de Arte Colonial. Entran también en el dominio público terrestre los muebles que a continuación se indican: los objetos y piezas históricos que hayan pertenecido al Libertador u otros próceres de la Independencia Nacional o que se relacionen directamente con los hombres y sucesos de la época y que se conserven en el Museo Bolivariano; los muebles, obras de arte y, en general, objetos auténticos de la época colonial que se hallen en el Museo de Arte Colonial; los objetos pertenecientes a cada una de las colecciones científicas del Museo de Ciencias Natura-

les; los cuadros, esculturas y demás objetos que se conserven en el Museo de Bellas Artes; los expedientes y documentos de valor histórico cuya guarda está a cargo del Archivo General de la Nación.

2º) *Dominio público marítimo.* Forma parte del dominio público marítimo el mar territorial, esto es, la zona marítima extendida a lo largo de las costas continentales e insulares. Según la Ley sobre Mar Territorial, Plataforma Continental, Protección de la Pesca y Espacio Aéreo, el mar territorial de la República de Venezuela tiene una anchura de 22 kilómetros y 224 metros, equivalentes a doce millas náuticas. También son parte del dominio público marítimo de la nación el suelo y el subsuelo de la plataforma continental adyacente al territorio venezolano, fuera de la zona del mar territorial y hasta una profundidad de doscientos metros o hasta donde la profundidad de las aguas más allá de este límite permita la explotación de los recursos del suelo y del subsuelo de acuerdo con los avances de la técnica de exploración y explotación. En general, los bienes pertenecientes al Estado que sean necesarios para la navegación y la pesca marítima, son del dominio público marítimo. Tales son: las playas marítimas, formadas por una franja de terreno situada a lo largo de la orilla del mar, comprendida entre el nivel de la más alta y el de la más baja marea; los puertos situados a orillas del mar, con sus muelles y demás obras necesarias; los faros, boyas y demás guías de la navegación.

Conviene hacer una advertencia. Según la Ley de Navegación (art. 4º) las aguas territoriales o internas y sus riberas, así como los terrenos situados a la orilla del mar, lagos, ríos y demás porciones navegables, en una extensión de cincuenta metros, medidos desde la línea de la más baja marea, hacia adentro, están sometidos a la jurisdicción del Ejecutivo Nacional en todo lo referente a dicha ley. Esta misma dispone (art. 113) que el establecimiento y modificación de muelles, malecones, embarcaderos, diques secos, varaderos, astilleros y de cualesquiera otras construcciones dentro de la expresada extensión de cincuenta metros medidos desde la línea de la más baja marea no pueden llevarse a cabo sin la autorización del Ejecutivo Nacional, que podrá ser otorgada o negada,

según el interés de la navegación o de la defensa y seguridad nacionales. Tales disposiciones han sido interpretadas algunas veces en el sentido de que la expresada extensión de terrenos próxima al mar, los lagos y los ríos navegables, de una anchura de cincuenta metros, es propiedad nacional. Disentimos de ese parecer. Los referidos preceptos no expresan tal idea, pues no confieren a la nación la propiedad de la zona señalada, sino poderes de policía, vigilancia y control sobre la misma.

3º) *Dominio público fluvial.* El dominio público fluvial comprende, en primer término, los ríos. En Venezuela todos los ríos, sin excepción, son bienes del dominio público. Los arroyos, en cambio, son propiedad privada de los ribereños a quienes pertenezcan las tierras atravesadas o limitadas por tales corrientes de agua. Se entiende por río todo curso natural de agua, más o menos considerable, de caudal perenne.[5] La unidad jurídica denominada "río" está integrada por dos elementos: *agua* y *cauce.* El cauce, llamado también *álveo, lecho* o *madre,* es la extensión de tierra por donde corren las aguas del río. Según la fórmula de Paulo,[6] que algunas legislaciones modernas reproducen, el cauce está limitado por la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal. Por eso, se ha dicho que el cauce está formado por dos partes: el *fondo* y las *riberas,* siendo el límite de las riberas la línea adonde llegan las aguas en su plenitud ordinaria.

En Venezuela, las aguas de todos los ríos pertenecen al dominio público. El cauce de los ríos navegables es también parte del dominio público. El cauce de los ríos no navegables pertenece, en cambio, a los ribereños. La división de los ríos en navegables y no navegables no interesa, pues, en nuestro país, desde el punto de vista de la propiedad de las aguas, que en todo caso son públicas, sino desde el punto de vista de la propiedad del cauce.

Son también dependencias del dominio público fluvial: los puertos de los ríos, sus muelles y accesorios.

5. Marienhoff. *Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas,* p. 274.
6. *Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet* (Se considera que es orilla la que contiene el río cuando está más crecido) Paulo.

4º) *Dominio público lacustre.* El lago, como el río, se compone de agua y álveo. *"Lacus est quod perpetuam habet acquam"* fue la definición dada por Ulpiano. En efecto, la perennidad y la inmovilidad de las aguas, son caracteres, aunque no absolutos, de los lagos. La periódica congelación de las aguas no es óbice para que un lago conserve esta calificación. El álveo es la concavidad de la tierra donde se depositan las aguas.

Son del dominio público, tanto las aguas como el álveo, y asimismo, los puertos lacustres, sus muelles y accesorios.

5º) *Dominio público aéreo.* Algunos autores incluyen entre las dependencias del dominio público, el dominio público aéreo, el cual se dice constituido por el espacio atmosférico que cubre el territorio del país y el mar territorial.

La Ley de Aviación Civil (art. 2º) declara que el espacio aéreo situado sobre el territorio de Venezuela está sujeto a la soberanía nacional. Y la Ley sobre Mar Territorial, Plataforma Continental, Protección de la Pesca y Espacio Aéreo, anteriormente citada, dispone, en su artículo 9º, que el espacio aéreo que cubre el territorio de la República de Venezuela hasta el límite del mar territorial, está sometido a su soberanía". Tales preceptos legales han sido dictados con arreglo a los acuerdos internacionales celebrados en el curso del presente siglo, en los cuales, dadas las situaciones creadas por el extraordinario desarrollo de la aviación y de las telecomunicaciones, se ha aceptado el principio de la soberanía de cada Estado sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y sus aguas territoriales.

Creemos, sin embargo, que el espacio aéreo no debe ser considerado como una dependencia del dominio público, porque el Estado no ejerce sobre aquél, un derecho de propiedad. Los acuerdos internacionales antes aludidos y los preceptos legales citados atribuyen a los poderes públicos del Estado subyacente, competencia para actuar sobre el espacio aéreo, similar a la que ejercen dichos poderes sobre todo el territorio de la nación y sus aguas territoriales, lo que no debe ser confundido con el derecho de propiedad.

341. *División del dominio público, según su afectación*

Según el Código Civil venezolano (art. 540) los bienes del dominio público son de uso público o de uso privado de la nación, de los Estados y de los municipios.

Esta disposición plantea la división del dominio público desde el punto de vista del destino o afectación que corresponde a los diversos bienes que lo integran. Los bienes pueden estar afectados al uso de todos, o al funcionamiento de los servicios públicos.

a) Bienes afectados al uso de todos son las calles, caminos, carreteras, parques y jardines públicos y los objetos de arte de los museos.

b) Bienes afectados al uso privado de las entidades administrativas o, lo que es igual, al funcionamiento de los servicios públicos, son los que constituyen el dominio militar (fortificaciones y cuarteles) y, en general, los edificios especiales donde están instalados los servicios públicos, y los ferrocarriles, que son vías de comunicación reservadas para el servicio público de transporte.

342. *Caracteres del régimen de la dominialidad pública*

Los bienes del dominio público son: inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden ser hipotecados, y son, además, inexpropiables.

El Código Civil dispone (art. 543): "Los bienes del dominio público son inalienables". Su propiedad no puede ser transferida a ninguna persona, pública o privada.

Estos bienes no pueden ser adquiridos por la prescripción. En efecto, el artículo 1960 del mencionado Código declara que el Estado, por sus bienes patrimoniales, y todas las personas jurídicas, están sujetos a la prescripción, como los particulares. Luego, el Estado, por los bienes de su dominio público, no está sujeto a la regla de la prescripción.

La inalienabilidad de los bienes del dominio público significa, no sólo que su propiedad no puede ser trasmitida por contratos,

sino también que no puede ser objeto de remate judicial ni expropiación. La Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (art. 5º, parágrafo único) prohibe la expropiación de los bienes pertenecientes a la nación, los Estados y los municipios que, según las leyes respectivas, no pueden ser enajenados.

Como consecuencia de la inalienabilidad, estos bienes no pueden ser hipotecados ni embargados, porque la garantía hipotecaria se constituye, y la medida de embargo se practica, con vista del remate judicial.

SECCION V

EL DOMINIO PRIVADO DEL ESTADO

343. *Disposición fundamental*

Dispone el artículo 543 del Código Civil que los bienes del dominio privado del Estado pueden enajenarse de conformidad con las leyes que les conciernen. Esto último indica que estos bienes no escapan totalmente a la aplicación de ciertos preceptos de derecho público.

344. *Enajenación de bienes del dominio privado*

El Ejecutivo Nacional no puede enajenar los bienes inmuebles del dominio privado de la nación, sin autorización del Senado, salvo las excepciones que establezca la Ley. (Artículo 150, ordinal 2º de la Constitución).

Para la enajenación de los bienes muebles de la nación que a juicio del Ejecutivo Nacional no sean necesarios para el servicio público se requiere la previa opinión favorable de la Contraloría. No será necesario este requisito cuando se trate de productos elaborados en talleres industriales de cárceles y penitenciarías, restaurantes populares, granjas de experimentación agrícola y otros establecimientos análogos.

La enajenación de bienes inmuebles pertenecientes al patrimonio privado de los Estados no puede llevarse a cabo sin la auto-

rización previa o aprobación ulterior de la Asamblea Legislativa, según la respectiva Constitución regional. En algunos Estados, aun tratándose de bienes muebles, se requiere la intervención del cuerpo legislativo.

En el Distrito Federal la enajenación de los bienes del dominio privado del municipio, como todos los contratos que celebre el Gobernador, no será válida ni podrá ponerse en ejecución sin la aprobación del Concejo Municipal.

En los Distritos de los Estados corresponde al Concejo Municipal resolver sobre la enajenación de bienes muebles o inmuebles del dominio privado municipal, y al Presidente del Concejo, como órgano de ejecución, incumbe el otorgamiento respectivo.

345. *Las tierras baldías, salinas, minas e hidrocarburos*

Todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites del territorio nacional, carecen de otro dueño, pertenecen al dominio privado de la nación, si su ubicación fuere en el Distrito Federal, o en Territorios o Dependencias Federales, y al dominio privado de los Estados, si fuere en éstos. (Artículo 542 del Código Civil). Las tierras a que se contrae dicha disposición son las *tierras baldías,* regidas por una ley nacional, y cuya administración corresponde al Ejecutivo de la nación.

Según precepto constitucional, los baldíos situados en las islas marítimas, fluviales y lacustres no podrán enajenarse y su aprovechamiento sólo podrá concederse en forma que no envuelva ni directa ni indirectamente, la transferencia de la propiedad de la tierra (artículo 136, ordinal 10°, último aparte. Constitución Nacional). Son también inalienables, según precepto legal: los baldíos que se encuentren cubiertos de bosque cuya conservación interese para evitar que se aminoren las fuentes, o de productos naturales explotables; los que estén a inmediaciones de las salinas, hasta dos kilómetros y medio; de la orilla del mar, hasta quinientos metros; de las riberas de los lagos que tengan comunicación con el mar y de los ríos navegables, hasta doscientos metros; y los que se encuentren en las cabeceras de las fuentes, cuando de tales aguas se

surte un núcleo de población o empresa de interés público. (Ley de Tierras Baldías y Ejidos, art. 13).

También ha sido confiada al Ejecutivo Nacional la administración de las salinas, de las minas e hidrocarburos, cualquiera que sea la ubicación de unas y otras. A pesar de ser bienes del dominio privado, las salinas no podrán enajenarse; y las minas e hidrocarburos tampoco podrán serlo y sólo podrán concederse por tiempo limitado.

346. *No es posible la ejecución forzosa sobre bienes del dominio privado del Estado*

Según hemos visto anteriormente, los bienes del dominio público no son susceptibles de embargo ni remate judicial, en vista de su inalienabilidad.

En Venezuela no proceden sobre los bienes de la nación, los Estados y los municipios, aun los del dominio privado, embargos ni secuestros, constitución de hipoteca, y ninguna medida de ejecución de sentencia, pues según dispone el artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, cuando el Tesoro Nacional, el de los Estados o el municipal fueren condenados al pago de una cantidad o de cualquier otra cosa no determinada, el procedimiento de la ejecución se suspenderá y se notificará el fallo condenatorio al cuerpo encargado de formar el presupuesto de los gastos nacionales, del Estado o municipales, para que coloque en él la correspondiente partida, o determine el modo como haya de verificarse el pago. Este precepto está confirmado por lo que respecta a los bienes nacionales en el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, conforme al cual, dictado el fallo condenatorio contra la nación, la notificación se hará al Ejecutivo Nacional, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo decidido. Este es uno de los privilegios del Fisco. "Los bienes de la nación son inembargables, sean de su dominio privado o estén afectados para su uso a un servicio público. Sus acreedores, aun provistos de una sentencia condenatoria, no pue-

den obtener embargo de sus muebles ni prohibición de enajenar su inmuebles".[7]

No existe, en cambio, el expresado privilegio cuando el fallo dictado ordena a la nación, a un Estado o municipio a entregar una cosa determinada.[8] En tal caso, la ejecución puede llevarse a cabo en la forma ordinaria, pues en la hipótesis contemplada se trataría de que el fallo condenatorio obligaría a la nación, a un Estado o municipio a restituir un cuerpo cierto a su legítimo propietario o, lo que es igual, a hacer entrega de una cosa ajena. No se trata, en tal caso, de bienes pertenecientes a ninguna de las expresadas entidades territoriales, sino de cosas que ilegítimamente se hallaban en poder de algunas de ellas. Claro está que los particulares no podrán reivindicar los bienes de su propiedad que hayan sido incorporados al dominio público; en tal caso, aquéllos tendrán derecho a reclamar del Estado una indemnización compensatoria del valor de los bienes.[9]

7. R. Lépervanche Parparcén. *Privilegios del Fisco en el Derecho Venezolano*, p. 16.
8. Art. 688 del Código de Procedimiento Civil.
9. Bielsa, Villegas Basavilbaso y Sayagués Laso sostienen que la negativa de la reivindicación sólo puede ser declarada cuando el Estado tiene "un título legítimo oponible".

CAPITULO XXXVIII

LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. SISTEMAS DE ORGANIZACION

SECCION I

347. *Noción general*

En el curso de las actividades de la administración pueden producirse actos ilegales, y causarse daños y perjuicios a particulares y entidades privadas y públicas.

En todos los casos en que, por razón de los actos u operaciones administrativas surgen situaciones conflictivas entre una entidad pública y un particular o empresa privada, o entre dos entidades públicas, es indispensable en el estado de derecho, la intervención de un órgano jurisdiccional, llamado a decidir la controversia.

Es necesario, pues, que exista un sistema de *control jurisdiccional* que proteja a los administrados contra los actos irregulares de la administración, por medio de la anulación de los actos administrativos contrarios a derecho y, además, cuando sea procedente, mediante el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas indebidamente lesionadas, y la condena al pago de la indemnización de daños y perjuicios provenientes de la actividad administrativa.

En un sentido amplio, se entiende por el *contencioso-administrativo* el conjunto de litigios nacidos de los actos administrativos y de las operaciones materiales de la administración. En un sentido restringido, el *contencioso-administrativo* comprende el conjunto de reglas jurídicas que rigen la solución por vía jurisdiccional de los litigios administrativos.[1]

1. J. M. Aubry y R. Drago. *Traité de Contentieux Administratif*. Tomo I. Nº 1.

Algunos autores modernos prefieren sustituir la expresión contencioso-administrativo, por la de *derecho procesal administrativo* y definirlo así: conjunto de normas referentes a los presupuestos, contenidos y efectos del proceso administrativo. De este modo tratan de destacar que el estudio de esas normas, antes que un capítulo del derecho administrativo, constituye un sector del derecho procesal.[2]

348. *Sistemas de organización*.

La más importante cuestión que a este respecto ha de resolver en cada país el Constituyente o el legislador, es la de señalar los órganos que han de tener a su cargo el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En los distintos modos de organización del control jurisdiccional de las actividades administrativas pueden advertirse las tendencias siguientes:

1º) En algunos países, como Francia y Colombia, la jurisdicción administrativa es ejercida principalmente por órganos situados en el seno de la administración, aun cuando actúen con independencia frente a los órganos activos de ésta;

2º) En otros países, como Inglaterra, Estados Unidos, España y Venezuela, la jurisdicción administrativa es ejercida exclusiva o principalmente por órganos encuadrados en la organización judicial;

3º) Finalmente, en Italia, Bélgica, Uruguay y otros Estados no hay, en la organización de la justicia administrativa, predominio de la administración ni del poder judicial.

2. Jesús González Pérez. *Derecho Procesal Administrativo*. Tomo I, pp. 125 y ss.

SECCION II

SISTEMA DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES SITUADOS EN EL SENO DE LA ADMINISTRACION

349. *Origen del sistema francés*

El sistema de la jurisdicción administrativa ejercida por órganos pertenecientes a la administración ha tenido su génesis y su mayor importancia en Francia. Dado el prestigio universal del Consejo de Estado francés, el más famoso tribunal administrativo del mundo entero, autor de decisiones que han contribuido poderosamente a la formación de nuestra disciplina, conviene examinar especialmente la organización de la jurisdicción administrativa en Francia.

La característica esencial del sistema francés consiste en la existencia de dos categorías de tribunales: *los tribunales administrativos,* que forman parte de la administración, y están encabezados por el Consejo de Estado; y los *tribunales judiciales,* que son parte del poder judicial y tienen su cabeza en la Corte de Casación.

Este sistema tuvo su origen en circunstancias peculiares de la historia de Francia.

En las décadas anteriores a la Revolución francesa habían sido frecuentes las luchas entre los intendentes y los parlamentos, estos últimos, tribunales competentes en materia civil. Los cargos en los parlamentos procedían de la venalidad y de la herencia de los oficios; sus integrantes pertenecían a una misma clase social: la nobleza de toga, que imponía entre aquéllos una estrecha solidaridad. En 1789, esto es, en el año de instalación de la Asamblea Constituyente, los parlamentos eran impopulares, por ser conocidos sus sentimientos de casta, hostiles a los principios revolucionarios. Se estimó, pues, que podían entorpecer las reformas proyectadas y, en general, la acción administrativa del futuro régimen. Para impedirlo, la Asamblea Constituyente suprimió los parlamentos; y, además, ante el temor de que los órganos jurisdiccionales que los reemplazaran estuvieran en guerra con la administración, la Asam-

blea Constituyente insertó en la ley de organización judicial, el artículo siguiente: "Artículo 13. Las funciones judiciales son distintas y quedarán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante sí a los administradores por razón de sus funciones" (ley de 16-24 de agosto de 1790).

El precepto transcrito consagró el *principio de la separación de las autoridades administrativa y judicial,* considerado en Francia en aquella época, y aún después, por numerosos autores, como una consecuencia lógica del principio de la separación de los poderes, brillantemente expuesto por Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes,* una de las obras que ejerció mayor influencia en los hombres de la Revolución francesa. Es de advertir, que sólo mediante una caprichosa interpretación de las doctrinas de Montesquieu puede estimarse que conduzcan fatalmente a privar al poder judicial, de la posibilidad de decidir acerca de las controversias nacidas de los actos de la administración.

En virtud de la expresada ley, quedó prohibido a los órganos del poder judicial, pronunciar condenas contra la administración, dictar sentencia alguna que contenga apreciación de la conducta de la administración y, en consecuencia, decidir sobre la legalidad de los actos administrativos.

Por efecto de esa prohibición de todo control de los órganos judiciales sobre la administración, la Asamblea Constituyente resolvió que la administración misma conocería de las reclamaciones de los administrados, cuando éstos estimasen que las autoridades administrativas se habían excedido en sus poderes. Tal es la situación que rige en Francia en la década comprendida entre 1790 y fines de 1799.

La llegada al poder de Napoleón Bonaparte, por efecto del golpe de Estado del 18 de Brumario (noviembre de 1799), señala el comienzo de un nuevo período en la historia del contencioso-administrativo en Francia. Se establecen entonces los Consejos de Prefectura, tribunales administrativos que, al mismo tiempo, son

Consejeros de los Prefectos; y, lo que es más importante, el Consejo del Estado, creado por la Constitución del Frimario del año VIII. Corresponde al Consejo de Estado una doble misión: de una parte, preparar los proyectos de leyes, inclusive los Códigos; y de la otra, estudiar las reclamaciones de los administrados contra la administración, y proponer las soluciones convenientes, acerca de las cuales la decisión incumbe al Primer Cónsul.

Hasta 1872, salvo el breve intervalo de la Segunda República Francesa, el Consejo de Estado careció del poder de decisión acerca de las reclamaciones formuladas contra la administración. Como queda expuesto, el Consejo de Estado sólo proponía soluciones al Jefe de Estado, y a éste le correspondía, *en derecho,* decidir. Por otra parte, el Consejo de Estado no estaba obligado a seguir las reglas de procedimiento que son necesarias para garantizar a las partes una averiguación imparcial de los hechos en que se basa la reclamación. No era, pues, durante esa época el Consejo de Estado un verdadero tribunal, sino un órgano consultivo de la administración.

En la práctica, durante el ciclo napoleónico, e igualmente bajo los gobiernos siguientes, el Jefe de Estado tuvo por costumbre acoger siempre las soluciones propuestas por el Consejo de Estado. *De hecho,* tales proposiciones fueron, pues, verdaderas sentencias.

El régimen descrito, que estuvo en vigor desde 1799 hasta 1872, salvo el intervalo comprendido entre la ley del 3 de marzo de 1849 y el decreto del 25 de enero de 1852, se denomina de la *justicia retenida.* En ese régimen se consideraba que la justicia pertenecía al Jefe de Estado, quien la delegaba en los tribunales judiciales; pero en lo relativo a los litigios administrativos, la retenía, esto es, se reservaba el derecho de juzgar por sí mismo. Los expositores franceses sostienen que se trataba de una pura ficción, porque en el expresado período de setenta años, no hubo más de tres casos en que el Jefe de Estado dejó de aprobar las proposiciones presentadas por el Consejo de Estado en la materia contencioso-administrativa.[3]

3. J. M. Auby y R. Drago. *Ob. cit.* Tomo I, pp. 284 y ss.

350. *Régimen de la justicia delegada*

El Consejo de Estado fue convertido en un verdadero órgano jurisdiccional por la ley de 3 de marzo de 1849, dictada a raíz del establecimiento de la Segunda República en Francia, y derogada por el Presidente Luis Napoleón Bonaparte, antes de coronarse Emperador, ya en ejercicio de sus poderes dictatoriales, por un decreto de 25 de enero de 1852, en el cual restablece la justicia retenida. Poco después de la caída del Segundo Imperio, por una ley de 24 de mayo de 1872, fue nuevamente reconocido oficialmente el Consejo de Estado como verdadero tribunal administrativo, carácter que ha conservado hasta nuestros días. En virtud de la citada ley, el Consejo de Estado ha adquirido definitivamente el poder de decidir por sí mismo las reclamaciones intentadas contra el Estado. Es lo que se llama el régimen de la *justicia delegada.*

351. *El Tribunal de los Conflictos*

Dada la existencia de un doble orden de jurisdicción en Francia —la de los tribunales judiciales y la de los tribunales administrativos— se plantea algunas veces un conflicto entre una y otra jurisdicción, esto es, en ciertos casos es necesario que un órgano distinto resuelva si el conocimiento y decisión de un asunto determinado corresponde a la jurisdicción de los tribunales judiciales o, por el contrario, a la jurisdicción de los tribunales administrativos. El órgano creado por la ley francesa para la solución de esos litigios de competencia se denomina el Tribunal de los Conflictos, y se compone de ocho miembros, a saber: tres consejeros de la Corte de Casación y tres del Consejo de Estado, elegidos por tres años por cada uno de esos cuerpos, y estos seis miembros eligen a su vez los dos restantes. En caso de empate, es llamado, para desempatar, el Ministro de Justicia.

352. *Composición del Consejo de Estado*

El Consejo de Estado es, a un tiempo, órgano consultivo de la administración, y tribunal administrativo. Como órgano consultivo

opina sobre los proyectos de leyes que el Gobierno ha de presentar ante la Asamblea Nacional y acerca de los reglamentos de administración pública y otros decretos que prepare el Poder Ejecutivo.

El Consejo de Estado se compone de cuatro secciones administrativas, las cuales tienen a su cargo las funciones consultivas, y una sección contenciosa, a la cual corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional.

El cuadro permanente del Consejo de Estado está formado por alrededor de ciento setenta funcionarios, repartidos en varias categorías, a saber: 1ª) *Los auditores,* que son de segunda y de primera clase; 2ª) Los *"maîtres de requêtes",* entre los cuales están comprendidos el Secretario General del Consejo, y los funcionarios denominados "Comisarios de Gobierno", encargados de presentar, en casos de asuntos litigiosos, conclusiones que reflejan, no el punto de vista gubernamental, sino el criterio personal del informante; 3ª) Los *Consejeros de Estado en servicio ordinario* que exceden de cincuenta. Existen, además, los Presidentes de las cinco secciones y el Vicepresidente del Consejo. Los auditores y "maîtres de requêtes" preparan el trabajo; los consejeros son los encargados de discutir y decidir.

Los auditores de segunda clase hasta 1946 eran nombrados después de concursos serios y difíciles; a partir de ese año, son todos escogidos entre los egresados de la Escuela Nacional de Administración, de acuerdo con las calificaciones obtenidas. El ascenso desde auditor de segunda clase hasta consejero se realiza gradualmente y por elección. Los auditores de primera clase son escogidos exclusivamente entre los auditores de segunda. Para la provisión de los cargos de "maîtres de requêtes", tres vacantes sobre cuatro son atribuidas a auditores de primera clase, y la cuarta puede ser libremente atribuida por el Gobierno a individuos de treinta años cumplidos y diez de servicio a la administración. En cuanto a los Consejeros de Estado en servicio ordinario, dos puestos de cada tres vacantes deben ser atribuidos a "maîtres de requêtes", y el tercero es concedido por el Gobierno a individuos extraños al Consejo, de cuarenta años cumplidos, generalmente antiguos funcionarios.

En *derecho,* los miembros del Consejo son removibles. En la *práctica,* en fuerza de la tradición, del espíritu de cuerpo que anima al Consejo y la autoridad científica que lo prestigia, la inamovilidad es una realidad. La independencia del Consejo de Estado es indudable. Su separación de la administración activa, imperfecta en la letra de la ley, está casi completamente realizada en la práctica.

El Presidente del Consejo de Estado, es, *de derecho,* el Presidente del Consejo de Ministros y, en su defecto, el Ministro de Justicia; pero ni uno ni otro tienen el derecho de participar en las deliberaciones contenciosas, esto es, en las sesiones que celebra el Consejo como Tribunal. El Ministro de Justicia preside algunas veces las sesiones solemnes y de pura forma. *De hecho,* la Presidencia del Consejo de Estado, la ejerce el Vicepresidente de dicho cuerpo.

Fuera del personal regular del Consejo de Estado, existen en él doce *Consejeros en servicio extraordinario,* personalidades calificadas en los diferentes dominios de la actividad nacional, libremente designadas por el Gobierno por el término de un año, pero indefinidamente renovables. Son a menudo altos funcionarios, ya en actividad o en retiro. No participan en la función jurisdiccional, sino en la consultiva.[4]

353. *Competencia del Consejo de Estado*

Según antes se dijo, el Consejo de Estado no está especializado rigurosamente en la función jurisdiccional. No es únicamente un tribunal: es también un órgano consultivo de la administración. Posee, en efecto, al lado de la competencia contenciosa, una competencia administrativa de orden consultivo: da opiniones al Gobierno. Esta dualidad de competencia ha existido desde el origen del Consejo y se ha mantenido siempre.

Ahora bien, según antes apuntamos, cuatro de las secciones que componen el Consejo de Estado están especializadas en la función consultiva, y una sección en la función jurisdiccional.

4. J. M. Auby y R. Drago. *Ob. cit.* Tomo I, pp. 152 y ss.

Como órgano jurisdiccional, el Consejo de Estado, conoce: 1º) En primera y única instancia, de asuntos particularmente importantes; 2º) En apelación, de los recursos interpuestos contra sentencias de los tribunales administrativos departamentales; 3º) Como tribunal exclusivamente de derecho, del recurso de casación intentado contra las sentencias dictadas en última instancia por ciertos tribunales especiales y fundado sobre la infracción de ley en la sentencia que haya sido objeto del recurso.

354. *Tribunales administrativos inferiores*

De acuerdo con la ley vigente, de 30 de septiembre de 1953, "los Consejos de Prefectura de la Francia metropolitana, de Argelia y de los Departamentos de Ultramar, así como el Tribunal Administrativo de Alsacia y Lorena, toman el título de *tribunales administrativos*. Cada uno de ellos tomará el nombre de la ciudad en que tenga su sede". La misma ley dispuso: "Los tribunales administrativos son en primera instancia, sin perjuicio de apelación ante el Consejo de Estado, jueces de derecho común del contencioso-administrativo". Hay además, órganos jurisdiccionales especiales cuyas decisiones son susceptibles de impugnación mediante recurso de casación; tales son: el Tribunal de Cuentas, el Consejo de Revisión, el Consejo Superior de Educación Nacional, la Comisión Central de Asistencia. Existen, finalmente, algunos órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de recurso alguno, tales como la Comisión Superior de Casación de Daños de Guerra, y la Comisión Especial de Casación de Pensiones.

355. *Significado del sistema francés*

Los resultados del sistema de la jurisdicción administrativa adoptado en Francia han sido excelentes. La obra del Consejo de Estado constituye un motivo de orgullo para los juristas franceses.

No creemos que el principio de la separación de los poderes —como se sostuvo en Francia en los días de la Revolución— impida a los órganos del poder judicial conocer de los litigios provocados por los actos de la administración, pues la función propia del

poder judicial consiste en la realización de actos jurisdiccionales para poner fin a toda clase de controversias, así intervengan en ellas personas privadas o públicas. Hoy se acepta en Francia que el sistema judicialista no es contrario al principio de la separación de los poderes.[5]

Por otra parte, no existe hoy el temor de ver entrabada por los órganos del poder judicial, la labor de las autoridades administrativas.

La razón invocada hoy por la doctrina francesa para el mantenimiento del sistema expuesto es distinta de las razones alegadas para su creación. En la actualidad impera una razón de aptitud. Se considera que los tribunales judiciales son menos aptos que los tribunales administrativos para juzgar los procesos administrativos; que la división del trabajo entre las dos jurisdicciones asegura una mejor justicia.[6]

SECCION III

SISTEMA DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES ENCUADRADOS EN LA ORGANIZACION JUDICIAL

356. *Inglaterra*

En Inglaterra durante casi todo el siglo pasado dominó el principio fundamental conforme al cual los particulares deben tener siempre la posibilidad de defender sus derechos ante los órganos judiciales. La administración, al igual que los particulares debe, pues, estar sujeta, al control de los tribunales ordinarios. Este principio ha sufrido numerosas limitaciones desde fines del siglo pasado y, particularmente, en el curso del presente en virtud de la creación de multitud de órganos administrativos a los cuales se han confiado funciones jurisdiccionales.

Los órganos de la jurisdicción ordinaria que tienen mayor importancia en lo relativo al control de la administración, son:

5. Laubadère, *Traité Elémentaire,* N° 454.
6. Bonnard. *Ob. cit.* p. 150.

The King's Bench, o sea, el Tribunal del Rey, que es parte de The High Court of Justice (la Alta Corte de Justicia) y que conoce de las apelaciones contra las decisiones de los tribunales inferiores, incluso contra las decisiones de ciertas comisiones o tribunales administrativos especializados y de los ministros; la Corte de Apelación, o Court of Appeal, que conoce de ciertas apelaciones en materia administrativa; y la House of Lords (Cámara de los Lores) que es la más alta autoridad judicial, y conoce en última instancia, pero en casos excepcionales.

Entre los numerosos órganos administrativos que ejercen función jurisdiccional, cabe distinguir: aquellos cuyas decisiones pueden ser impugnadas ante los tribunales ordinarios, caso en el cual se mantiene en vigor el principio de derecho inglés antes expresado; y aquellos otros que deciden en última instancia, sin posible impugnación ante ningún órgano estadal.[7]

357. *Estados Unidos*

Como es sabido, en Estados Unidos rige una legislación común para toda la Unión, dictada por el Congreso Nacional, y una legislación particular para cada Estado, dictada por el Cuerpo Legislativo regional. Nos limitaremos, pues, a la organización federal.

El Poder Judicial Federal se compone de tres categorías de tribunales: los Juzgados de Distrito, los Tribunales de Circuitos de Apelación y la Suprema Corte. Además, existen tribunales especiales cuyas decisiones pueden ser revisadas por la Suprema Corte, tales como la Corte de Reclamaciones (Court of Claims) y el Tribunal de Impuestos (Tax Court). Aparte de esos órganos exclusivamente jurisdiccionales, funcionan Comisiones (Boards) y otros organismos administrativos, dependientes del Poder Ejecutivo en grado variable, las cuales ejercen, al mismo tiempo que funciones típicamente administrativas, algunas de orden jurisdiccional.

Las acciones en reclamación de daños y perjuicios, intentadas por los particulares contra la administración, basadas en el incum-

7. Sayagués Laso, *Tratado*, t. II, N: 986.

plimiento contractual de ésta, se intentan ante la Corte de Reclamaciones (Court of Claims), y de su decisión, conoce en apelación la Suprema Corte. Si la acción de daños y perjuicios, intentada por los particulares contra la administración se funda en responsabilidad extracontractual, conocen de la misma los tribunales ordinarios.[8]

358. *España*

El sistema español está regido por la ley de 27 de diciembre de 1956, según la cual ejercen la jurisdicción administrativa en dicho país: las Salas del Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y las Salas del Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales, esto es, órganos todos del Poder Judicial.

359. *Venezuela*

En nuestro país, dispone la Constitución que la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley (art. 206).

En capítulo especial se hará el estudio detenido de dicha organización.

SECCION IV

SISTEMA INTERMEDIO

360. *Bélgica*

Por ley de fecha 23 de diciembre de 1946 fue creado en Bélgica, siguiendo en parte el modelo francés, el Consejo de Estado.

El Consejo de Estado belga ejerce funciones de asesoramiento en lo relativo a la elaboración de leyes y reglamentos y en lo tocante a las demandas de indemnización por daños excepcionales originados por medidas de las autoridades administrativas, cuando no existe

8. Sayagués Laso, *ob cit.*, tomo II, Nº 988 y siguientes.

un tribunal competente. Ejerce al mismo tiempo una función jurisdiccional en lo tocante a la anulación de los actos administrativos.

Como se ve, la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado es limitada. No conoce como tribunal, según se dijo, sino como órgano asesor, de las reclamaciones de daños originados por las medidas de la autoridad, y tampoco conoce de las acciones derivadas de los contratos.

La resolución de los conflictos provenientes de la existencia de dos jurisdicciones, corresponde en Bélgica a la Corte de Casación.

361. *Italia*

En Italia existe un doble orden de jurisdicción: tribunales administrativos, que son parte del Poder Ejecutivo, y tribunales ordinarios, integrantes del poder judicial.

Los principales tribunales administrativos son el Consejo de Estado, que consta de secciones encargadas de ejercer atribuciones consultivas en materia legislativa, reglamentaria y propiamente administrativa; las Juntas Provinciales Administrativas, encargadas del control sobre las decisiones de las comunas, provincias y otros entes públicos; y algunos tribunales especiales para ciertas materias, entre ellos, la Corte de Cuentas, los Consejos de Prefectura, los Tribunales de Aguas Públicas, y las Comisiones Tributarias.

Los tribunales de la jurisdicción ordinaria tienen competencia para conocer de ciertos litigios en que es parte la administración pública, provocados por actos administrativos u operaciones materiales de la administración, con facultad para condenar a la administración al pago de las indemnizaciones correspondientes. Carecen de competencia para la declaración de nulidad de los actos administrativos, lo que compete a los tribunales administrativos.

Incumbe a la Corte de Casación decidir sobre los conflictos de competencia que surjan entre las dos jurisdicciones.[9]

9. Zanobini. Tomo II, pp. 37 y 150; y Sayagués Laso, Tomo II, Nº 969 y siguientes.

362. *Uruguay*

En la Constitución uruguaya sancionada en el año de 1952, actualmente en vigor, se dispone que la jurisdicción contencioso-administrativa será ejercida por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y los demás tribunales que sean creados por la ley.

El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo está compuesto de cinco miembros, cuya forma de designación, cualidades para ser designados, duración del mandato y sueldo, son los determinados para los miembros de la Suprema Corte de Justicia. En consecuencia, son designados por la Asamblea General y duran diez años en sus cargos.

El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo es, pues, un órgano de la misma jerarquía de la Suprema Corte de Justicia. No forma parte del poder judicial; pero tampoco se halla en el seno del Ejecutivo. El profesor Sayagués Laso comparte el parecer de otros expositores uruguayos, al decir: "El Tribunal constituye, pues, un órgano del Estado, con una posición institucional parecida a la de la Corte Electoral y el Tribunal de Cuentas".[10]

La Constitución uruguaya instituye, además, un funcionario al que confía una misión análoga a la que en Francia tienen los Comisarios del Gobierno ante el Consejo de Estado: el Procurador General del Estado, designado por el Poder Ejecutivo. Las calidades para ser nombrado, duración del mandato y sueldo son iguales que para los miembros del Tribunal. El Procurador General del Estado es independiente en el ejercicio de sus funciones, y puede, en consecuencia, dictaminar según su convicción y establecer las conclusiones que crea arregladas a derecho.

El Tribunal tiene competencia para declarar la nulidad de actos administrativos definitivos. La competencia para considerar la responsabilidad pecuniaria de la administración corresponde a los tribunales ordinarios. Sin embargo, según la Constitución, la ley podrá atribuir al Tribunal el conocimiento del contencioso de reparación.

10. Sayagués. Tomo II. N° 1.037.

CAPITULO XXXIX

LOS RECURSOS CONTENCIOSOS

363. *Diferencia entre los recursos administrativos y los contenciosos*

Existen dos categorías de recursos que pueden ser ejercidos con relación a los actos y operaciones de la administración: los recursos administrativos y los recursos contenciosos.

Los recursos administrativos, que han sido objeto de anterior análisis, son los medios de que disponen los interesados para obtener *por la vía administrativa,* la reconsideración de aquellos actos que estimen contrarios a la ley, la equidad o la conveniencia colectiva. Los recursos administrativos son dos: el de *reposición,* llamado también *de gracia,* o sea, la solicitud dirigida al propio autor del acto, para que lo revoque o modifique; y el recurso *jerárquico,* o sea, la solicitud dirigida al superior, para que revise la decisión impugnada, y la revoque o modifique.[1]

Por el contrario, los recursos contenciosos son los medios de que disponen los interesados para someter *ante un tribunal,* en la forma legal, una *pretensión jurídica,* con la finalidad de que ésta sea satisfecha mediante una *sentencia.*

En consecuencia, entre ambas categorías de recursos pueden señalarse las siguientes diferencias:

1ª) Los recursos administrativos se plantean ante autoridades administrativas. Los recursos contenciosos, en cambio, se plantean ante órganos jurisdiccionales, esto es, ante tribunales.

2ª) En los recursos administrativos el recurrente puede invo-

1. Queda entendido, según expusimos oportunamente (supra Nº 100), que el poder de revocación tiene sus límites. Son irrevocables los actos administrativos regulares declarativos de derechos, salvo disposición legal expresa en sentido contrario.

car consideraciones de todo orden: puede impugnar, ya sea la legitimidad o el mérito del acto, y alegar, por lo tanto, la violación de reglas de derecho, errores de hecho, razones de equidad y de carácter técnico, la inconveniencia o inoportunidad de la medida, etc. El recurso contencioso, en cambio, se puede fundar únicamente en infracciones de reglas de derecho.

3ª) La autoridad administrativa que conoce de un recurso administrativo tiene ordinariamente amplios poderes: puede confirmar, revocar o modificar el acto impugnado e, incluso, conceder más de lo pedido por el recurrente. Las facultades del órgano jurisdiccional que conoce de un recurso contencioso son limitadas, y en ningún caso puede incurrir en *ultrapetita,* esto es, no puede conceder más de lo pedido por el recurrente.

4ª) La decisión que recae sobre un recurso administrativo es un *acto administrativo*. La que se dicta en relación con un recurso contencioso es una *sentencia.*

364. *Clasificación de los recursos contenciosos*

La clasificación tradicional de Laferrière. En Francia ha llegado a ser clásica la división de los recursos contenciosos, hecha por Laferrière, basada esencialmente sobre la consideración de los poderes del juez. Agrupa en cuatro clases principales las diversas demandas que pueden presentarse ante una jurisdicción administrativa; a cada una corresponde un cierto tipo de recurso. La clasificación es la siguiente:

a) Si se demanda ante un juez el reconocimiento de la ilegalidad de un acto administrativo para que, en consecuencia, sea declarada su nulidad, a esta finalidad corresponde el recurso *contencioso de anulación.*

b) Si se pide a un tribunal ejercer, no sólo el poder de anulación, sino la plenitud de sus poderes jurisdiccionales, para el restablecimiento de la situación jurídica lesionada, especialmente mediante la condena al pago de sumas de dinero, el recurso intentado se denomina *contencioso de plena jurisdicción.*

c) En los casos en que los tribunales judiciales están obligados a diferir una decisión, en razón de una cuestión prejudicial que habrá de ser resuelta por un tribunal administrativo, éste podrá conocer, ya de la interpretación, si se le pide interpretar un acto administrativo oscuro, o de la apreciación de legalidad, si se le pregunta si el acto administrativo invocado por una de las partes es o no legal. En ambos casos se dice que el tribunal administrativo, al resolver la cuestión prejudicial que le ha sido planteada, conoce del recurso *contencioso de interpretación.*

d) Finalmente, en los casos en que los tribunales administrativos condenan penalmente a las personas que han infringido los preceptos legales relativos a la conservación de ciertos inmuebles del dominio público, se afirma que aquellos tribunales conocen del recurso *contencioso de represión.*

Los recursos contenciosos de represión y de interpretación son, en opinión de los autores franceses, poco frecuentes. La actividad de los tribunales administrativos en Francia consiste principalmente en el examen y decisión de los recursos de anulación y de plena jurisdicción.

Entre los recursos de anulación, aparte de algunos previstos por leyes especiales, referentes a determinados actos administrativos, se destaca el recurso por *exceso de poder,* que puede ser ejercido contra todos los actos de la administración de carácter unilateral que el recurrente considere, por razones de forma o de fondo, contrarios a la regularidad jurídica.

El recurso de plena jurisdicción se ejerce en todo lo relativo a la nulidad, ejecución o resolución de contratos, y al pago de indemnizaciones que pueden provenir de la inejecución de los mismos, del retardo en la ejecución y de los incidentes que pueden surgir durante la fase de cumplimiento de los contratos, y en todo lo concerniente a las reclamaciones de daños y perjuicios intentadas contra la administración, fundadas en responsabilidad extracontractual.

365. *El recurso por exceso de poder*

El recurso por exceso de poder es una de las instituciones más interesantes de la administración pública en Francia. Dada la frecuencia con que los autores aluden a este recurso, conviene detenernos en su examen.

Este recurso tiende a la anulación de una decisión administrativa, fundada sobre la violación por dicha decisión, de una regla de derecho.[2] Tiene por objeto hacer desaparecer los actos administrativos ilegales de una manera retroactiva y *erga omnes.*

Se entiende por "exceso de poder" la irregularidad jurídica, la no conformidad con el derecho. Por tanto, este recurso constituye la sanción por excelencia del principio de legalidad.[3]

Fue originariamente un recurso jerárquico: durante el período revolucionario varios textos previeron recursos para obtener la anulación de los actos de las autoridades administrativas inferiores ante la autoridad administrativa suprema. Dictada la Constitución del año VIII, el Primer Cónsul, previo el dictamen del Consejo de Estado, conoció del recurso, no como tribunal, sino como superior jerárquico, y lo mismo hizo después el Emperador, y de igual modo procedieron en los años subsiguientes los titulares del Poder Ejecutivo. Según la Ley de 1872, el Consejo de Estado "estatuye soberanamente sobre las demandas de anulación por exceso de poder, intentadas contra los actos de las diversas autoridades administrativas". Esta disposición ha sido reproducida en la Ordenanza de 31 de julio de 1945, actualmente en vigor.

Este recurso versa únicamente sobre los actos administrativos en sentido restringido, esto es, sobre las decisiones de carácter unilateral emanadas de las autoridades administrativas. No son, pues, susceptibles de ser impugnados mediante este recurso, los actos de los cuerpos legislativos, ni los actos del poder judicial, ni los contratos administrativos, ni las operaciones materiales de la administración.

2. Véase J. M. Auby y R. Drago. *Traité de Contentieux Administratif,* t. II, Nº 995.
3. Véase Jean Rivero, *Droit Administratif,* 2ª edición, Dalloz, Nº 235.

El recurso por exceso de poder puede ser intentado únicamente por aquellas personas, naturales o jurídicas, que tengan interés en la anulación del acto impugnado. El interés puede ser material o moral, individual o del grupo del cual forma parte el recurrente; pero no es suficiente para intentar el recurso invocar el derecho que tiene todo ciudadano a que la administración respete la legalidad, pues el recurso por exceso de poder no es en Francia una acción popular.

El recurso por exceso de poder puede basarse, ya en infracción de la legalidad formal, por vicio de forma o de procedimiento, ya en infracción de la legalidad material, por incompetencia, o por vicios relativos al objeto o motivos del acto, o por desviación de poder.

366. *Los recursos contenciosos en Venezuela*

Los principales recursos contenciosos que pueden ser ejercidos en nuestro país en relación con las actividades administrativas son los siguientes:

1º) El recurso de anulación por ilegalidad o abuso de poder; y

2º) El recuro de plena jurisdicción, que puede ser ejercido en tres situaciones: a) Para obtener la reparación de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual de la administración; b) Para la solución de las controversias nacidas de los contratos celebrados por la administración, de las concesiones otorgadas por ella, y de la negativa a otorgar concesiones a quien alegare tener derecho a ellas; c) Para obtener el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de la administración.

En efecto, la Constitución atribuye a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa los siguientes poderes: 1º) El de anular los actos administrativos, generales e individuales, contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; 2º) El de condenar a la administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en la responsabilidad de aquélla; 3º) El de disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. A los poderes expresados, previstos en el texto constitucio-

nal, se agrega la facultad que contempla la Ley Orgánica de la Corte Federal en lo relativo a contratos y concesiones. Conforme al ordinal 28, artículo 7º de la citada ley, corresponde a aquel alto tribunal (hoy Corte Suprema de Justicia) conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones por nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se susciten entre la nación y los particulares, a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional, o de las concesiones mineras, de hidrocarburos o de tierras baldías que hubiere otorgado, así como de las controversias que resultaren por su negativa a expedir títulos de concesiones a que los demandantes alegaren tener derecho, salvo los puntos que por la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato, del otorgamiento de la concesión o de la negativa a concederla, según el caso, dejaren a la decisión del Ejecutivo Nacional, sin recurso judicial.

367. *El recurso de anulación por ilegalidad o abuso de poder en el derecho venezolano*

Corresponde a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, conocer en juicio contencioso, de las acciones o recursos por *abuso de poder y otras ilegalidades,* de las resoluciones ministeriales y, en general, de los actos de las autoridades administrativas de la nación, los Estados y los municipios. Esta atribución correspondía a la extinguida Corte Federal, y hoy compete a la mencionada Sala de la Corte Suprema de Justicia conforme a la 15ª Disposición Transitoria de la Constitución.

Son susceptibles de ser impugnados mediante el expresado recurso de anulación: los decretos dictados por el Presidente de la República; las resoluciones ministeriales; los acuerdos y resoluciones de la Contraloría General de la República y del Consejo Supremo Electoral; las decisiones unilaterales de los directorios o juntas administradoras u otros órganos directivos de los institutos autónomos, tales como los acuerdos y resoluciones de los Consejos Universitarios de las Universidades del Estado; los decretos de los Gobernadores de los Estados, del Distrito Federal y de los Territorios Federales; las ordenanzas, acuerdos y resoluciones de los Concejos Municipales.

Si el acto emana de una autoridad administrativa subordinada a un Ministro, como un Fiscal de Hacienda o un Administrador de Rentas, o un inspector de algún ramo de la administración, el interesado deberá apelar ante el Ministro, y si le fuera adversa la resolución ministerial, le quedaría abierta la vía jurisdiccional. No se puede acudir a la Corte sin haber agotado la vía administrativa. (Sentencias de la Corte Federal de fechas 24-11-53 y 28-2-56).

Lo que la ley denomina "abuso de poder y otras ilegalidades" es el exceso de poder, contemplado en la legislación francesa, anteriormente examinado, y que equivale a la no conformidad con el derecho, por lo cual, el recurso en referencia constituye, según antes dijimos, la sanción por excelencia del principio de legalidad. Por lo tanto, basta que uno cualquiera de los elementos integrantes del acto administrativo ofrezca una irregularidad jurídica para que sea procedente el recurso por abuso de poder. La falta de competencia en el actor, el defecto de la forma sustancial o la omisión de trámites esenciales de procedimiento, las ilegalidades en el contenido o en los motivos y, en fin, la desviación de poder, constituyen fundamentos legítimos para pedir ante la Corte Suprema la declaración de nulidad de un acto administrativo por abuso de poder.

La Constitución Nacional, con el objeto de evitar dudas, expresamente incluye la desviación de poder entre los vicios de ilegalidad de los actos administrativos. La desviación de poder ha sido definida como "un vicio del acto administrativo que aparece cuando una autoridad administrativa ha utilizado voluntariamente sus poderes con una finalidad distinta de aquella para la cual le han sido conferidos".[4] Según antes apuntamos, existen dos categorías de desviación de poder: cuando la autoridad ha actuado con una finalidad completamente extraña al interés público, y cuando ha actuado con una finalidad de interés público, pero distinta de aquella en vista de la cual debería actuar. Se ha sostenido que en caso de ser pedida ante la Corte Suprema la declaración de nulidad de un reglamento ejecutivo bajo la alegación de ser contrario al espíritu,

4. J. M. Auby y R. Drago, *ob. cit.*, t. III, Nº 1.197.

propósito o razón de la ley reglamentada, el vicio denunciado enmarcaría dentro de la figura de la desviación de poder, ya que par poder determinar "si un reglamento ha violado el espíritu, propósito o razón de una norma legal, se requiere necesariamente un investigación de las finalidades del acto que se recurre".[5]

Constituye ilegalidad o abuso de poder toda irregularidad jurídica. La regla infringida puede ser una ley nacional, la Constitución de un Estado, una ley sancionada por el Ejecutivo Nacional o una ordenanza municipal. La violación de cualquier norma general preestablecida en los actos, generales o individuales, de las autoridades administrativas, constituye un abuso de poder, y puede ser fundamento del expresado recurso.

Lo característico de este recurso en otros países es que el órgano jurisdiccional que conoce de él, si encuentra la ilegalidad denunciada, declara la nulidad del acto impugnado, sin facultade para reformarlo, ni para hacer ningún otro pronunciamiento. Entre nosotros, conforme al artículo 25 de la Ley Orgánica de la Corte Federal, en la resolución del recurso, la Corte podrá "confirmar, revocar o reformar la decisión impugnada". No se debió, a nuestro parecer, dar facultad a la Corte para reformar los actos administrativos accionados, porque ello equivale a autorizarla para invadir el dominio propio de la administración.

El recurso de anulación por abuso de poder puede ser intentado por los particulares o empresas privadas que tengan interés en la desaparición del acto. Los actos de alcance general, como los reglamentos o las ordenanzas, cuyo contenido interesa a todos, pueden ser impugnados por todo aquel que tenga cualidad para estar en juicio. Pueden también promoverlo las entidades públicas que tengan interés en ello, contra los actos de otra entidad pública; por ejemplo, un municipio puede pedir la anulación de una resolución ministerial o de un decreto del Gobernador del Estado. Lo que no se concibe en Venezuela es el ejercicio de la acción de nulidad por una entidad estatal en relación con los actos administrativos de ella misma.

5. José Guillermo Andueza. *El Control en Venezuela de los Actos Ilegales de la Administración Pública*. Caracas 1959, p. 23.

En España, la ley consagra el recurso contencioso-administrativo de *lesividad,* en el cual adopta la posición de demandante la propia entidad que dictó el acto que constituye el objeto de su pretensión. Existe el proceso de lesividad —dispone el artículo 56, párrafo 1, de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa— "cuando la propia administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa su anulación". Cuando la invalidez de un acto —enseña un autor moderno, Jesús González Pérez— "no se manifiesta en términos tan claros como en los de nulidad absoluta, no es aconsejable que la administración conserve la potestad de anulación de oficio, si el acto es declarativo de derechos. El respeto de los derechos nacidos en virtud del acto anulable impone una quiebra de los principios clásicos del Derecho administrativo y, en consecuencia, sólo podrá acordarse la anulación por los tribunales.[6] La verdad es que el derecho positivo español impone una distinción entre los actos que infringen manifiestamente la ley, de aquellos en que la infracción no es manifiesta. Tratándose de los primeros, esto es, *los que infringen manifiestamente la ley, según dictamen del Consejo de Estado*, conforme al Art. 37 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 20-7-57, la administración puede anular de oficio sus actos en el plazo de cuatro años desde que fueron adoptados, aun cuando sean declarativos de derechos. En los demás casos, "la administración no podrá anular de oficio sus propios actos declarativos de derechos". Como se ve, en este último caso, el único procedimiento para lograr la desaparición del acto irregular, es el proceso de lesividad.[7]

Entre nosotros, como antes dijimos, es inadmisible el recurso de lesividad. La ley no lo autoriza ni lo prohibe. Pero no podría ser ejercido contra actos jurídicamente regulares, puesto que el recurso debe fundarse en la ilegalidad del acto; y tratándose de actos jurídicamente irregulares, sería innecesario, pues, en tal caso, conforme al principio de la autotutela de la administración sobre sus

6. Jesús González Pérez, *ob. cit.,* t. III, p. 73.
7. Ver Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo,* t. III, pp. 67 y ss. Madrid, 1958.

propios actos, tan pronto como ella descubre su error, tiene abierto el camino de la revocación.

368. *El recurso de plena jurisdicción en el derecho venezolano*

Conviene examinar separadamente los casos en que es procedente el recurso de plena jurisdicción:

A) Demanda en reparación de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual de la administración. Dentro de las limitaciones señaladas en el capítulo relativo a la responsabilidad del Estado, éste debe reparar los daños y perjuicios causados a las personas con ocasión del ejercicio de las funciones públicas. Si es ejercida acción por tal respecto contra el Fisco nacional, compete el conocimiento del asunto a la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, conforme al ordinal 29, artículo 7º de la Ley Orgánica de la Corte Federal, y a la 15ª Disposición Transitoria de la Constitución. Si la demanda es propuesta contra un Estado, un municipio o un instituto autónomo, en defecto de disposición legal al respecto, son competentes para conocer y decidir los tribunales ordinarios, en juicio ordinario. Se aplicaría, en tal caso, lo dispuesto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil: "Las cuestiones que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho se ventilarán en juicio ordinario, si tales cuestiones no tienen pautado procedimiento especial". Declaradas con lugar dichas acciones, sería, en consecuencia, condenada la entidad administrativa demandada, al pago de una suma de dinero.

B) Cuestiones por nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se susciten entre la nación y los particulares, a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional, o de concesiones mineras, de hidrocarburos o de tierras baldías que hubiere otorgado, así como las controversias que resultaren por su negativa a expedir títulos de concesiones a que los demandantes alegaren tener derecho. Todas las demandas que versen sobre estas materias, ya en ellas intervenga la nación como actora o como demandada, son de la competencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, la cual conoce de dichos asuntos en una sola instan-

cia, según los trámites del juicio ordinario. Dicha competencia le está atribuida a la expresada Sala de la Corte en el ordinal 28, artículo 7º de la Ley Orgánica de la Corte Federal, concatenado con la 15ª Disposición Transitoria de la Constitución.

Las cuestiones surgidas entre particulares y los gobiernos de los Estados y de los municipios y asimismo entre aquéllos y los instituto autónomos, por efecto de los contratos que hubieren celebrado, corresponden al conocimiento y decisión de los tribunales ordinarios, en juicio ordinario, pues hasta el momento ninguna ley pauta para dichos asuntos ni un procedimiento ni una competencia especial.

C) Demandas que tengan por objeto el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. La Constitución, según hemos visto, establece que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para disponer lo necesario para dicho restablecimiento. En realidad, no siempre queda satisfecha la necesidad de justicia con la anulación del acto ilegal, y la reparación pecuniaria de los daños y perjuicios sufridos, pues en algunas ocasiones subsisten los efectos del acto o hecho ilícito de la administración, y continúa produciendo sus consecuencias dañosas. Era, pues, necesario, ampliar los poderes de los órganos jurisdiccionales, de modo que éstos pudieran ordenar a la administración ajustar su conducta a la sentencia. La disposición constitucional es suficiente al respecto; pero sería conveniente, para evitar dudas y vacilaciones que, al legislar sobre esta materia, se dictaran disposiciones precisas tendientes a desarrollar en forma adecuada el pensamiento del Constituyente.[8]

369. *Las apelaciones ante la Corte Suprema de Justicia*

Varias leyes venezolanas consagran expresamente un derecho de apelación contra determinados actos de los Ministros o de otros órganos de la administración, para ante la Corte Federal, hoy sustituida por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

8. Véase Sayagués Laso, *Tratado,* t. II, Nº 1.006.

En otras disposiciones en el sentido expresado, podemos citar las siguientes: Según el artículo 24 de la Ley de Sanidad Nacional, de las penas que imponga el Ministro, se apelará ante la Corte...; conforme al artículo 144 de la Ley de Educación, contra la pena de clausura de los planteles privados de educación, se podrá apelar ante la Corte; con arreglo al artículo 13 de la Ley de Naturalización, contra la resolución del Ministro de Relaciones Interiores que declare la pérdida de la nacionalidad adquirida, habrá apelación ante la Corte; igualmente la Ley de Impuesto sobre Sucesiones (art. 73) concede el derecho de apelación ante la Corte contra la decisión del Ministro de Hacienda referente a las multas que hayan sido impuestas; y asimismo la Ley de Propiedad Industrial (art. 21) concede apelación ante la Corte contra la resolución del Ministro de Fomento que anule el registro de inventos, mejoras, dibujos o modelos industriales obtenidos en contravención a dicha ley. La Ley Orgánica de la Hacienda Nacional contiene una disposición de carácter general (art. 425) según la cual, cuando la ley conceda expresamente el derecho de recurrir de la decisión del Ministro u organismo respectivo ante la Corte Suprema de Justicia, deberá hacerse uso de él dentro del término de diez días a contar de la fecha en que se hubiere notificado la decisión.

Este derecho de apelación sólo existe cuando el texto expreso de la ley lo consagra. Esto se desprende de la disposición anteriormente transcrita de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, y así lo ha declarado en varias sentencias nuestro más alto tribunal. En efecto, en sentencia de 2-11-46 dijo la Corte: "Las resoluciones ministeriales son revisables por la Corte Federal y de Casación solamente en los casos en que alguna ley haya creado expresamente contra ellas el derecho de apelación o cualquier otro recurso". (M. de 1947, p. 91). En el mismo sentido se expresó la Corte en sentencia de 8-10-47, que aparece en la M. de 1948, p. 138.

Este derecho de apelación es un recurso *sui generis*. No es un recurso jerárquico, por cuanto no conoce de él una autoridad administrativa, sino un tribunal; y la decisión que recae sobre dicho recurso no es un acto administrativo, sino una sentencia. Por otra parte, no es un recurso contencioso, pues se apoya no sólo en consideraciones de legalidad, sino en razones de todo orden.

CAPITULO XL

LOS ORGANOS DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LAS PARTES. LOS REPRESENTANTES DE LA ADMINISTRACION. EL PROCEDIMIENTO. PLAZOS PARA ACCIONAR. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

370. *Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa*

En Venezuela sólo existe un orden de jurisdicción. Todos los órganos jurisdiccionales forman parte del Poder Judicial.

No existe en nuestro país una ley relativa a la jurisdicción contencioso-administrativa, ni tribunales especialmente creados para el ejercicio de esta jurisdicción.

De lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución Nacional y en varias leyes nacionales, se desprende que en Venezuela son órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa:

1º) La Corte Suprema de Justicia;

2º) Los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, y aun los Tribunales Civiles Inferiores, cuando conozcan, según la cuantía, de las demandas por pago de impuestos que fueren intentadas por representantes de la nación, los Estados y los municipios y de los recursos de plena jurisdicción en asuntos relativos a la administración de los Estados y municipios;

3º) Las Cortes o Tribunales Superiores en lo Civil, cuando conozcan en alzada de los recursos de plena jurisdicción en asuntos relativos a la administración de los Estados y municipios;

4º) El Tribunal de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta;

5º) El Tribunal de Apelaciones de Inquilinato;

6º) El Tribunal Superior de Hacienda;

7º) Los Juzgados Nacionales de Hacienda;

8º) Los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, cuando conozcan de asuntos fiscales.

371. *La Corte Suprema de Justicia*

Conforme al artículo 206 de la Constitución Nacional, la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley.

La Corte Suprema de Justicia es el más alto tribunal de la República. Ocupa el vértice de la jerarquía del Poder Judicial. Contra sus decisiones no se admite recurso alguno. Su competencia abarca todo el ámbito jurídico: así el orden constitucional, como el administrativo, los asuntos civiles, mercantiles, del trabajo y penales.

Dispone la Constitución vigente que la Corte funcionará en Salas cuya integración y competencia serán determinadas por la ley; y que cada Sala tendrá, por lo menos, cinco magistrados.

No ha sido dictada todavía la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, prevista en la Constitución. Por ese motivo, el Alto Tribunal se rige en la actualidad por la 15ª Disposición Transitoria de la Constitución, conforme a la cual, se deberán aplicar, en cuanto sea posible, las leyes orgánicas de las extinguidas Cortes, la Federal y la de Casación. En la actualidad la Corte se compone de quince magistrados, elegidos por el Congreso; y está dividida en tres Salas, compuesta, cada una, de cinco magistrados. Las Salas de la Corte, son: La Político-Administrativa; la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo y la Sala de Casación Penal.

Corresponde a la Sala Político-Administrativa, en extensos dominios, el ejercicio de la jurisdicción constitucional y de la jurisdicción contencioso-administrativa. Entre otros asuntos, son de competencia de la mencionada Sala: el recurso de anulación por abuso de poder o ilegalidad, intentado contra las resoluciones ministeriales y, en general en contra de los actos de las autoridades administrativas, nacionales, de los Estados y municipales; las cuestiones por nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se susciten entre la nación y los par-

ticulares, a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional o de concesiones mineras, de hidrocarburos o de tierras baldías que hubiere otorgado, así como de las controversias que resultaren por su negativa a expedir títulos de concesiones a que los demandantes alegaren tener derecho; las acciones de daños y perjuicios que se propongan contra la nación por responsabilidad extracontractual; las apelaciones y recursos contra las decisiones dictadas en todas las controversias fiscales relativas a impuestos federales; las apelaciones y recursos contra las decisiones recaídas en asuntos seguidos entre los Estados o municipios y los particulares, con motivo de concesiones de servicio público; y, en fin, las apelaciones interpuestas contra ciertas decisiones de los Ministros o de otras autoridades administrativas, consagradas expresamente en algunas leyes.

Las atribuciones de las dos Salas de Casación se refieren principalmente al recurso de casación intentado en los juicios civiles, mercantiles y del trabajo, y en los juicios penales.

Corresponden a la Corte en pleno dos atribuciones: conocer del enjuiciamiento contra el Presidente de la República; y declarar la nulidad de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con la Constitución de la República.

372. *Los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil*

A falta de tribunales especiales, los juzgados de primera instancia en lo civil y los tribunales inferiores del orden civil son competentes, según la cuantía, para conocer de las demandas que intenten los representantes de la nación, los Estados y los municipios por cantidades líquidas que correspondan a los ramos de que están encargados. Si la demanda versare sobre el pago de impuestos federales, de la decisión recaída conocerá en alzada, según antes se indicó, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Igualmente, en defecto de tribunales especiales, conocen los juz-

gados civiles, según la cuantía, de las controversias que se susciten entre los particulares y los Estados o municipios, por efecto de los contratos, administrativos o de derecho común, que se hubieren celebrado entre unos y otros. También les corresponde conocer de las reclamaciones intentadas por los administrados en razón de los daños y perjuicios que les haya causado la actividad administrativa de los Estados o municipios. Cuando tales asuntos versaren sobre concesiones de servicio público, de la decisión dictada conocerá en alzada la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

373. *Las Cortes o Juzgados Superiores en lo Civil*

Salvo los casos ya expresados en que de las sentencias dictadas por los Jueces de Primera Instancia en lo Civil, conoce en alzada la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en los demás asuntos relativos a la administración de los Estados y municipios, son tribunales de alzada las Cortes o Tribunales Superiores en lo Civil de la respectiva circunscripción.

374. *El Tribunal de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta*

Este Tribunal conoce en apelación de las liquidaciones del impuesto y de las multas acordadas por la Administración del Impuesto sobre la Renta, así como de los reparos que formule la Contraloría General en materia del referido impuesto.

De las sentencias que dicte el expresado Tribunal podrá apelarse por ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.[1]

375. *El Tribunal de Apelaciones de Inquilinato*

La Oficina de Inquilinato en el Distrito Federal y los Concejos Municipales en los Estados y Territorios son los órganos aptos para la regulación de alquileres, y para resolver sobre solicitudes de desocupación de inmuebles. De toda decisión emanada de esos órganos

1. Artículo 78, ordinal 1º y artículo 86 del Impuesto sobre la Renta.

se oirá apelación. En los Estados y Territorios Federales conocerán de esa apelación los respectivos Jueces de Distrito o de igual competencia en la localidad; y en el Distrito Federal, el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato.[2]

376. *Los Juzgados Nacionales de Hacienda*

A los Jueces Nacionales de Hacienda les está encomendada la *represión fiscal,* esto es, la aplicación de las penas por la contravención de las leyes fiscales. En efecto, entre otras atribuciones, les corresponde conocer en primera instancia de las contravenciones fiscales en los casos en que el conocimiento del asunto no esté atribuido especialmente a otro tribunal o a las autoridades administrativas.[3]

En los lugares donde no hubiere Juzgado Nacional de Hacienda, las atribuciones sobre represión fiscal competen a los Jueces de Primera Instancia en lo Penal.

377. *Los Tribunales Superiores de Hacienda*

Estos tribunales, entre otras atribuciones, tienen la de conocer de los juicios de cuenta, conforme a la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, y la de conocer en segunda instancia de los asuntos resueltos en primera por los Jueces Nacionales de Hacienda y por los jueces de Primera Instancia en lo Penal, cuando estos últimos hayan decidido en asuntos fiscales.[4]

378. *Las partes*

Una de las cuestiones más importantes que generalmente se plantean en el estudio del contencioso-administrativo es la de determinar quiénes pueden ser las partes en los juicios de esta naturaleza.

El recurso de anulación de un acto administrativo individual, por abuso de poder, puede ser intentado por aquellas personas que

2. Artículos 15 y 17 de Ley de Regulación de Alquileres.
3. Artículo 286, ordinal 1°. Ley Orgánica de la Hacienda Nacional.
4. Artículo 278, ordinales 1° y 2°. Ley Orgánica de la Hacienda Nacional.

tengan interés, como individuos o como miembros de un grupo, en la desaparición del acto impugnado. Si se trata de un acto administrativo general, como un reglamento o una ordenanza, el recurso de anulación por abuso de poder es una acción popular, que puede ser intentada por toda persona que tenga capacidad para estar en juicio.

Según apuntamos anteriormente, entre nosotros no puede la administración pedir la declaración de nulidad de sus propios actos. No existe en Venezuela ese recurso, llamado en España *de lesividad.* El expresado recurso únicamente podría fundarse en un vicio de legitimidad; y si el acto adolece de ese vicio, aunque sea declarativo de derechos, la administración tiene el derecho, y se halla en el deber de revocarlo.

En lo que respecta a los recursos de plena jurisdicción, dado su carácter subjetivo, sólo pueden ser ejercidos por los titulares del derecho e interés lesionado. Si tiene por objeto la reparación patrimonial en razón de la responsabilidad extracontractual de la administración, sólo pueden ser intentados por el titular del derecho lesionado o su representante legal. Lo mismo ocurre en el caso de que la parte actora pide al órgano jurisdiccional, dicte las providencias necesarias para el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa. Si el recurso tiene por objeto los efectos de un contrato celebrado por la administración, ésta puede figurar en él como actora o como demandada; en dicho juicio no pueden ser partes sino aquellas personas que tienen interés en los efectos del contrato que ha dado origen al litigio.

En los casos en que se ha ejercido el recurso de anulación por abuso de poder, se consideran partes demandadas: la entidad administrativa a la cual pertenece el órgano autor del acto impugnado, y las personas que derivan beneficios del mismo. La ley venezolana dispone que en tal caso se citará por cartel a todos los que se crean interesados a fin de que concurran dentro del plazo que se les fije a hacerse parte en el recurso. Dentro de esa citación quedan comprendidos los *coadyuvantes* de la administración, esto es, las personas que, por tener interés directa en el mantenimiento del acto im-

pugnado, pueden intervenir en el proceso, adhiriéndose a las pretensiones de la administración. Por ejemplo, la persona física que dictó el acto impugnado podía intervenir con el carácter de coadyuvante.

379. *Los representantes de la administración*

En los casos en que la nación venezolana, o el Fisco nacional, que es la denominación correspondiente a la hacienda nacional, considerada como persona jurídica, actúen ante los tribunales, como parte actora o demandada, la representación natural de aquéllos corresponde al Procurador General de la República. Este funcionario tiene, entre otras atribuciones constitucionales, la de representar y defender judicial o extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República. El Procurador General puede ejercer por sí mismo la representación de la nación o del Fisco, o por medio de Abogados Adjuntos o Auxiliares; y aun en los casos en que legalmente existan otros funcionarios investidos de la representación de aquéllos, y de que el Procurador General haya hecho sustitución en Abogados o Auxiliares, conservará en toda su plenitud la expresada representación. El Procurador General deberá actuar conforme a las instrucciones que le comunique el Ejecutivo Nacional.[5]

Al ser intentada acción judicial contra la nación o el Fisco, sea por efecto de contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional o por la negativa de otorgar concesiones a que alegare tener derecho el demandante, o por reparación patrimonial fundada en responsabilidad extracontractual de la administración, se pedirá la citación del Procurador General como el representante de la parte demandada. En los casos en que se intente recurso de anulación de actos administrativos por abuso de poder, al iniciarse el procedimiento se notificará al Procurador General.

Los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador General de la República, por la vía más rápida, de toda demanda, oposición, sentencia, providencia o solicitud de cualquier

5. Artículos 52 y 53 de la Ley de la Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público.

naturaleza que, directa o indirectamente, obre contra los intereses de la nación o del Fisco nacional, así como la apertura de todo término para el ejercicio de algún derecho o recurso por parte del Fisco.

Los Fiscales Nacionales de Hacienda ejercerán la representación del Fisco en los juicios fiscales relativos a asuntos que les competan, sujetos a la superior dirección del Procurador General. Dichos funcionarios están obligados a informar al Procurador de las gestiones que ejecutaren y suministrarle todos los informes que éste solicite de ellos.[6]

El Abogado de la Contraloría ejerce también la representación del Fisco en los asuntos en que aquélla debe intervenir, sin perjuicio de las atribuciones conferidas privativamente al Procurador y a los Fiscales Nacionales de Hacienda.[7]

El Procurador General del Estado tiene, según las Constituciones regionales, entre otras atribuciones, las de representar y defender judicial o extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la respectiva entidad.

En los municipios, la representación ante los tribunales corresponde a los Síndicos Procuradores, que en algunos casos deben ser elegidos del seno de los Concejos Municipales y, en otros, no. En el Distrito Federal, de conformidad con la respectiva Ley Orgánica, el Síndico Procurador Municipal es nombrado por el Concejo de fuera de su seno, y debe ser abogado. Entre otras atribuciones, le corresponde sostener y defender judicial y extrajudicialmente, los derechos del municipio en todos los negocios en que tenga interés, cuando el Concejo se lo ordenare, lo que significa que, a falta de instrucciones del Concejo, el Síndico Procurador no puede actuar. Por eso, al ser demandado el municipio, la citación debe practicarse, no en la persona del Síndico, sino en la del Presidente del Concejo Municipal.[8]

6. Artículo 57 de la Ley de la Produraduría de la Nación y del Ministerio Público.
7. Artículo 174 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional.
8. Artículo 54 de la Ley Orgánica del Distrito Federal.

380. *El procedimiento*

En los casos de recursos propuestos ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, rigen las disposiciones procesales contenidas en la Ley Orgánica de la Corte Federal, particularmente lo pautado en el artículo 25 y siguientes de la citada ley.

En los casos de ser ejercido el recurso de anulación de actos administrativos por abuso de poder, la Corte pedirá a la autoridad administrativa que dictó la decisión impugnada, el envío de los autos respectivos. Recibido el expediente y hecha la notificación del Procurador General de la República, la Corte emplazará por un cartel que se publicará en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* a todos los que se crean interesados, a fin de que concurran dentro del lapso prudencial, que se indicará en el cartel, a hacerse parte en el recurso. Vencido ese lapso de emplazamiento, los interesados promoverán dentro de las cinco audiencias siguientes las pruebas que estimen pertinentes, las cuales se evacuarán dentro de las diez audiencias posteriores al vencimiento de las primeras cinco, sin concederse término de distancia. Si no se hubieren promovido pruebas, o si promovidas, hubiese transcurrido el lapso de evacuación, comenzará la relación durante la cual podrán evacuar las partes las pruebas de confesión, experticia e inspección ocular que hubieren promovido durante el lapso de promoción. Terminada la relación, se oirán los informes de los interesados, y se procederá a dictar sentencia, pudiendo antes la Corte dictar auto para mejor proveer. En la resolución del recurso la Corte podrá confirmar, revocar o reformar la decisión impugnada, o reponer el procedimiento.[9]

Ya en otro lugar hemos hecho reparos a la expresada disposición, pues lo correcto habría sido autorizar a la Corte para declarar la validez o nulidad del acto recurrido, y no facultarla, como si se tratara de una autoridad administrativa, para "confirmar, revocar o reformar la decisión impugnada".

Por otra parte, es de observar que el expresado artículo 25, aun cuando tiene por objeto regular el procedimiento del recurso

9. Artículo 25 de la Ley Orgánica de la Corte Federal.

de anulación por abuso de poder, también se aplica, por mandato de la propia ley, a los casos no previstos, y en numerosos procedimientos es completamente inadecuada dicha aplicación.

Así, cuando la Corte conoce de recursos de plena jurisdicción, parece absurda la reducción del término probatorio, y la prohibición de conceder término de distancia para la evacuación de pruebas. En cambio, cuando conoce de las apelaciones interpuestas, ya sea contra decisiones judiciales o administrativas, carecen de objeto la publicación de carteles de emplazamiento y la apertura de lapsos de pruebas. Por eso, la Corte acostumbra, en los casos de recursos de plena jurisdicción, someterse a los trámites del juicio ordinario; y en las apelaciones, seguir las pautas del Código de Procedimiento Civil en materia de la relación de la causa en la segunda instancia.

381. *Procedimiento previo a las demandas contra la nación*

Antes de intentar acción judicial contra la nación, es necesario que el interesado agote la vía gubernativa. Quien tenga un derecho por ejercer contra la nación deberá exponer por escrito al Ministro respectivo, sus pretensiones y las razones o fundamentos en que apoye sus aspiraciones. De la presentación de ese escrito se le dará recibo. El Ministro formará el expediente del caso, y lo remitirá al Procurador General de la República a fin de obtener su opinión sobre dicho asunto. Vencido el plazo de sesenta días hábiles, contados desde la fecha de la presentación del escrito, sin haberse notificado al reclamente del resultado de su presentación, quedará éste facultado para acudir a la vía judicial.[10]

382. *Plazos para accionar*

El recurso de anulación por abuso de poder caduca a los seis meses contados a partir de la fecha de la publicación del acto en el órgano oficial respectivo, o de la notificación del acto al inte-

10. Artículos 58 y siguientes de la Ley de la Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público.

resado, cuando ésta fuere procedente y aquélla no se efectuare. La ilegalidad del acto puede oponerse siempre como excepción, salvo que la ley disponga lo contrario.

La Ley Orgánica de la Corte Federal se contradice, pues el ordinal 9º del artículo 7 fija como lapso de caducidad el de seis meses, según lo expuesto anteriormente, mientras que el artículo 25 de la misma ley dispone que el recurso se interpondrá ante la Corte dentro de los tres meses siguientes a la decisión impugnada. Debe prevalecer el lapso más amplio, por ser el más favorable a la protección jurídica de los administrados contra los actos ilegales de la administración.

En cuanto a los recursos de plena jurisdicción, es de observar que todo crédito contra el Fisco prescribe por diez años desde la fecha del acto que da origen a aquél. Esta prescripción se interrumpe por demanda legalmente notificada o por gestión administrativa. Quedan a salvo las prescripciones más cortas del Código Civil.[11]

En lo que respecta a los créditos del Fisco por razón de contribuciones, prescriben por diez años, contados desde la fecha en que la contribución se hizo exigible. Queda a salvo lo dispuesto en leyes especiales; por ejemplo, el impuesto sobre la renta prescribe por cinco años, a contar del último día del lapso en que debió hacerse la declaración, y el impuesto sobre el líquido de las herencias, legados y donaciones, también por cinco años, contados a partir de la fecha del acto del cual se originan.[12]

En lo referente a las acciones derivadas de los contratos celebrados por la administración, rige la norma del Código Civil, según la cual las acciones personales prescriben por diez años.[13]

Dijimos que algunas leyes consagran un derecho de apelación para ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia contra ciertas decisiones de los Ministros o algunas otras

11. Artículo 69 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional.
12. Artículo 58 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional; artículo 94 de la Ley de Impuesto sobre la Renta; y artículo 75 de la Ley de Impuesto sobre Sucesiones.
13. Artículo 1.977 del Código Civil.

autoridades administrativas. Los lapsos de apelación varían de una ley a otra. Según el artículo 179 de la Ley del Trabajo, de la resolución del Ministerio del Trabajo denegatoria de la inscripción de un sindicato, podrán los interesados apelar ante la Corte dentro del término de diez días. Conforme a la Ley de Propiedad Industrial, la apelación para ante la Corte contra la resolución del Ministro de Fomento que anule el registro de inventos industriales, podrá hacerse dentro de los tres meses siguientes a la publicación en la *Gaceta Oficial.* De acuerdo con el artículo 425 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, relativo a la imposición de multas, cuando la ley conceda expresamente el derecho de recurrir de la decisión del Ministro u organismo respectivo ante la Corte, deberá hacerse uso de él dentro del término de diez días a contar de la fecha en que se hubiere notificado la decisión.

383. *Efectos de las sentencias*

La sentencia recaída en los recursos de anulación por abuso de poder producen efectos *erga omnes,* así haya sido impugnado un acto administrativo general, como un reglamento o una ordenanza, o un acto administrativo individual, como un nombramiento o una multa. En cambio, las sentencias recaídas en los recursos de plena jurisdicción, por su carácter subjetivo, sólo producen efectos *inter partes.*

INDICE BIBLIOGRAFICO

AHUMADA Guillermo: *Tratado de Finanzas Públicas,* Córdoba, R. A., 1948.

ALVAREZ GENDIN, Sabino: *Manual de Derecho Administrativo Español.* Barcelona (España), 1954.

ANDUEZA, José Guillermo: *La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano* (Tesis de doctorado), Caracas, 1955.

———— (en colaboración con Tomás Polanco, Luis Enrique Farías y Enrique Pérez Olivares): *El Control en Venezuela de los Actos Ilegales de la Administración.* Caracas, 1959.

AUBY, J. M., y DRAGO, R.: *Traité de Contentieux Administratif.* París, 1962.

BERTHELEMY, H.: *Traité Elémentaire de Droit Administratif.* París, 1933.

BIELSA, Rafael: *Derecho Administrativo,* 3ª edición. Buenos Aires.

———— *Ideas Generales sobre lo Contencioso-Administrativo.* Buenos Aires, 1936.

BONNARD, Roger: *Précis de Droit Administratif,* 4ª edición, París, 1943.

BULRICH, Rodolfo: *Principios Generales de Derecho Administrativo.* Buenos Aires, 1942.

CALDERA, Rafael: *Derecho del Trabajo,* 2ª edición. Caracas, 1960.

CARRE DE MALBERG, R.: *Teoría General del Estado.* Trad. Esp. Fondo de Cultura Económica. México, 1948.

CARRILLO FLORES, Antonio: *La Defensa Jurídica de los particulares frente a la Administración en México.* México, 1939.

CASTRO MARTINEZ, José Joaquín: *Tratado de Derecho Administrativo.* Bogotá, 1942.

COLIN et CAPITANT: *Cours de Droit Civil Français.* París.

COPETE LIZARRALDE, Alvaro: *Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano,* 3ª edición. Bogotá, 1960.

CHIOVENDA, José: *Principios de Derecho Procesal Civil.* Trad. esp. Madrid, 1922.

DUEZ, Paul: *La Responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contrat).* París, 1938.

DUGUIT, Leon: *Traité de Droit Constitutionnel,* 3ª edición. París, 1928.

DUVERGER, Maurice: *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques.* París, 1956.

ESMEIN, A.: *Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé,* 8ª edición. París, 1927.

FRAGA, Sabino: *Derecho Administrativo.* México, 1944.

FLEINER, Fritz: *Instituciones de Derecho Administrativo.* Trad. esp. Madrid, 1933.

GARCIA OVIEDO, Carlos: *Derecho Administrativo,* 5ª edición. Madrid, 1955.

GARCIA SAMUDIO, Carlos: *El Poder Judicial en Inglaterra,* Bogotá, 1945.

GASCON Y MARIN, José: *Tratado de Derecho Administrativo.* Madrid, 1948.

GENY, François: *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif,* París, 1954.

GIL FORTOUL, José: *Historia Constitucional de Venezuela,* 4ª edición. Caracas, 1953.

GONZALEZ CABRERA, Jesús: *Caracas y su Régimen Municipal* (tesis de doctorado). Caracas, 1941.

GONZALEZ PEREZ, Jesús: *Derecho Procesal Administrativo.* Madrid, 1955.

GORDILLO, Agustín: *Introducción al Derecho Administrativo.* Buenos Aires, 1962.

HAURIOU, Maurice: *Précis de Droit Administratif.* París, 1927.

HERNANDEZ RON, J. M.: *Tratado Elemental de Derecho Administrativo,* 2ª edición. Caracas, 1943.

JEZE, Gaston: *Principios Generales de Derecho Administrativo.* Trad. esp. Buenos Aires, 1948.

———— *Cours de Droit Public.* París, 1935.

KELSEN, Hans: *La Teoría Pura del Derecho.* Trad. esp. Buenos Aires, 1946.

———— *Compendio de Teoría General del Estado.* Trad. esp. Barcelona, 1934.

LANCIS Y SANCHEZ, Antonio: *Derecho Administrativo.* La Habana, 1945.

LAUBADERE, André de: *Traité Elémentaire de Droit Administratif.* París, 1957.

———— *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs.* París, 1956.

LEPERVANCHE PARPARCEN, René: *Privilegios del Fisco en el Derecho Venezolano.* Caracas, 1946.

———— *Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, concordada.* Caracas, 1956.

MAYER, Otto: *Derecho Administrativo Alemán.* Trad. esp. Buenos Aires, 1949.

MEAÑO, Francisco: *Régimen Legal de las Aguas en Venezuela.* Caracas, 1957.

MERKL, Adolfo: *Teoría General del Derecho Administrativo,* trad. esp. Madrid, 1935.

MOLES CAUBET, Antonio: *Apuntes de Clases* (*trabajos inéditos*). Caracas.

MONTESQUIEU: *Del Espíritu de las Leyes,* trad. esp. Buenos Aires, 1942.

MORGAN JR., Eduardo: *Los Recursos Contencioso-Administrativos de Nulidad y Plena Jurisdicción en el Derecho Panameño.* Panamá, 1961.

OROPEZA, Ambrosio: *Evolución Constitucional de Nuestra República.* Caracas 1944.

PAREJA, Carlos H.: *Curso de Derecho Administrativo Teórico y Práctico.* Bogotá, 1939.

PEREZ LUCIANI, Gonzalo: *El Funcionario Público* (tesis de doctorado). Caracas, 1949 (inédita).

PICON RIVAS, Ulises: *Indice Constitucional de Venezuela.* Caracas, 1944.

POLANCO, Tomás: *Derecho Administrativo Especial.* Caracas, 1959.

———— *La Administración Pública* (tesis de doctorado). Publicada en Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1951.

RIVERO, Jean: *Droit Administratif.* París, 1962.

ROLLAND, Louis: *Précis de Droit Administratif,* 7ª edición. París, 1938.

ROUSSEAU, J. J.: *El Contrato Social.* Trad. esp. de Fernando de los Ríos. Madrid, 1929.

ROYO VILLANOVA, Antonio: *Elementos de Derecho Administrativo,* 23ª edición. Valladolid, 1952.

RUGGERI PARRA, Pablo: *La Supremacía de la Constitución y su Defensa.* Caracas, 1941.

———— *Derecho Constitucional Venezolano.* Caracas, 1952.

———— *Elementos de Derecho Constitucional.* Caracas, 1957.

———— *Fundamentos Constitucionales del Sistema Rentístico Venezolano.* Milán, 1950.

RUIZ Y GOMEZ, Julián: *Principios Generales de Derecho Administrativo.* La Habana, 1935.

SANCHEZ COVISA, Joaquín: *La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano.* Caracas, 1956.

SANCHEZ VIAMONTE: Carlos: *Manual de Derecho Constitucional.* Buenos Aires, 1944.

SANTAMARIA DE PAREDES, Vicente: *Curso de Derecho Administrativo.* Madrid, 1914.

SARRIA, Eustorgio: *Tratado de Derecho Administrativo.* Bogotá, 1952.

SAYAGUES LASO, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo.* Montevideo. Primer volumen, 1953; 2º vol., 1959.

SEQUERA, Carlos: *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad Intrínseca de las Leyes.* Caracas, 1939.

SERRA ROJAS, Andrés: *Derecho Administrativo.* México, 1959.

SPIEGEL, Ludwig: *Derecho Administrativo.* Trad. esp. Barcelona, 1933.

TORREALBA NARVAEZ, Luis: *Consideraciones acerca de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (tesis de doctorado). Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1951.

URDANETA BRASCHI, Ezequiel: *Estudio acerca del funcionario público y de sus relaciones con el Estado, según la legislación venezolana* (tesis de doctorado, inédita). Caracas, 1939.

USLAR PIETRI, Arturo: *Sumario de Economía Política.* Caracas, 1945.

VARAS, Guillermo: *Derecho Administrativo.* Santiago de Chile, 1948.

VELASCO CALVO, Recaredo F. de: *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración.* Barcelona (España), 1930.

VEDEL, Georges: *Droit Administratif.* París, 1958.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: *Derecho Administrativo* (5 vol.) Buenos Aires, 1949 a 1954.

WALINE, Marcel: *Droit Administratif,* 8ª edición. París, 1959.

WOLF, Ernesto: *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano.* Caracas, 1945.

ZANOBINI, Guido: *Corso di Diritto Amministrativo.* Milán, 1954.

INDICE ALFABETICO

(Las cifras se remiten a los números, no a las páginas)

A

Abuso de poder: 366, 367.
Acto administrativo: 72.
Acto complejo: 71.
Acto-condición: 64.
Acto de autoridad: 71.
Acto definitivo: 71.
Acto de gestión: 71.
Acto de gobierno: 87.
Acto discrecional: 71.
Acto firme: 71.
Acto jurídico: 64, 65, 66, 67, 68.
Acto jurisdiccional: 64.
Actos materiales: 69, 70.
Actos preparatorios: 71.
Actos principales: 71.
Actos que han causado estado: 71.
Acto-regla: 64.
Acto reglado: 71.
Acto simple: 71.
Acto subjetivo: 71.
Acumulación de responsabilidades: 226.
Administración: 1.
Administración, función del Estado: 2.
Administración, según Otto Mayer: 3.
Administración, según la escuela de Burdeos: 5.
Administración, según la escuela vienesa: 4.
Administración, según la doctrina italiana: 6.
Administración delegada: 166.
Administración directa: 160.
Admisión (actos de): 71.
Afectación: 339.
Agente público: 190, 191.
Anulabilidad: 91.
Anulación: 98.
Aprobación (Actos de): 71.
Aprobación de contratos: 137, 138.
Asambleas Legislativas: 286.
Ascensos: 211.
Atribuciones presidenciales: 238, 239, 240, 241.
Autarquía: 316.
Autonomía: 274, 316.
Autonomía municipal: 291, 303.
Autorización (actos de): 71.
Autorización para contratar: 134.
Autorización presupuestaria: 133.
Autotutela de la administración: 96.
Autovinculación: 82.
Auxiliares: 191.

B

Bancos: 269.
Bienes del dominio privado: 326, 343, 344, 345, 346.
Bienes del dominio público: 326, 328, 329, 336.
Bienes de los Estados: 281.
Bienes de los Municipios: 296.

C

Caducidad: 102, 157.
Caso fortuito: 149.
Circunstancias de guerra: 86.
Circunstancias excepcionales: 86.
Cláusulas contractuales: 153.
Cláusulas exorbitantes: 153.
Cláusulas reglamentarias: 153.
Coadyuvantes de la administración: 378.
Codificación: 53.
Codificación administrativa: 55, 56, 57 58, 59.
Código: 53, 54.
Competencia: 73, 187, 188.
Compilación legislativa: 53.
Concejos Municipales: 292, 304.
Concesión de obra pública: 160, 170, 171.
Concesión de servicio público: 120, 152, 171.
Concurso: 204.
Consejo Bancario: 269.
Consejo de Estado: 349, 352, 353.
Consejo de Economía Nacional: 268.
Consejo de Gobierno: 262.
Consejo de Ministros: 245.
Consejo Federal: 262.

Consejo Nacional de Energía: 270.
Consejo de Presupuesto: 267.
Contenido (del acto administrativo): 75, 83, 90.
Continuidad (del servicio público): 111.
Contraloría General de la República: 250.
Contrato: 124.
Contrato administrativo: 125, 126, 127, 128, 129.
Contrato de derecho común: 125, 126, 127, 128, 129.
Contrato de obra pública: 160 y ss.
Contrato de suministros: 172.
Control a priori: 256.
Control a posteriori: 258.
Control perceptivo: 256.
Convalidación: 93.
Cordiplán: 266.
Corte Suprema de Justicia: 371.
Costumbre: 46, 47, 48, 49.
Créditos adicionales: 239.
Cuentas ministeriales: 248A.

D

Deberes de funcionarios: 210.
Decaimiento (declaración de): 103.
Declaraciones juradas: 210.
Decisión de contratar: 135.
Decreto: 36, 247.
Decretos-leyes: 39, 40 y ss.
Deliberación (de la ley): 22.
Delegación legislativa: 41.
Dependencias Federales: 311.
Derechos de los funcionarios: 211.
Desafectación: 339.
Destitución: 212.
Desviación de poder: 83, 91.
Dimisión: 212.
Distrito Federal: 298.
Doctrina: 52.
Dominio privado: 326, 343, 344, 346.
Dominio público: 326, 328, 329, 336.

E

Efectos *erga omnes*: 383.
Efectos *ex nunc*: 101.
Efectos *ex tunc*: 101.
Efectos *inter partes*: 383.
Ejecutividad: 81.
Ejecutoriedad: 81.
Ejidos: 296.
Elección: 205.
Elección del contratista: 139.
Empleados públicos: 193, 194, 195.
Empresas del Estado: 123.
Empréstitos: 239.
Error común: 218.
Estado de derecho: 82.
Estado Mayor Conjunto: 272.
Estados de la Unión: 274.
Exceso de poder: 365.
Expropiación (actos de): 71.
Extinción (del acto administrativo): 94.

F

Falta personal: 224.
Falta de servicio: 224.
Federalismo: 275.
Finalidad (del acto): 91.
Forma (de los actos): 78, 90.
Formas complementarias: 78.
Fuerza mayor: 149.
Funcionarios públicos: 193, 194, 195.
Funcionarios de derecho: 213.
Funcionarios de hecho: 213.

G

Gastos secretos: 259.
Generalidad de la ley: 20.
Gobernador del Distrito Federal: 301, 302, 303.
Gobernadores de Estados: 287.
Gobernantes: 191.
Gobiernos *de facto*: 44, 215, 216.
Gobierno insurreccional: 215.

H

Hecho del príncipe (teoría del): 149.
Hegemonía de la ley: 23.

I

Iglesias: 180.
Ilegalidad (formas de la): 83.
Ilegalidad formal: 83.
Ilegalidad material: 83.
Imprevisión (teoría de la): 151.
Incompetencia: 83.
Inexistencia (de los actos administrativos): 88, 90.
Iniciativa (de la ley): 22.
Institutos autónomos: 121, 312.

Invalidez: 88.
Investidura admisible: 214, 215.
Irregularidades (de los actos administrativos): 88 y ss.
Irresponsabilidad del Estado: 230.

J

Jerarquía: 189.
Jubilación: 211.
Juntas Comunales: 293, 309.
Junta Departamental: 309.
Junta Superior de las Fuerzas Armadas: 273.
Juramento: 208.
Jurisprudencia: 51.
Justicia delegada: 350.
Justicia retenida: 349.

L

Legalidad (Principio de): 82, 83, 84.
Legislación: 3, 4.
Lesividad (recurso de): 367, 378.
Ley: 18 y ss.
Ley en sentido formal: 19.
Ley en sentido material: 19.
Ley habilitante: 44.
Licitaciones: 44.

M

Mandato (teoría del): 182.
Memorias ministeriales: 248-A.
Ministros del Despacho: 242, 243, 244.
Ministros de Estado: 249.
Modificación unilateral (derecho de): 145.
Motivos (del acto administrativo): 77, 83, 91.
Móvil político: 87.
Municipio: 288, 289, 290.
Municipalidad: 290.
Mutabilidad (del servicio público): 111, 157.

N

Nombramiento: 204.
Notificación: 78.
Nulidad (de los actos administrativos): 88, 91.

O

Obra pública: 160.
Oficios públicos: 192.
Ordenes: 71.
Ordenanzas: 305.
Organo (teoría del): 184, 185, 186.
Organos consultivos: 261.

P

Pensiones: 211.
Personalidad: 173.
Personalidad jurídica del Estado: 176.
Personas jurídicas: 173, 174.
Personas naturales: 173.
Personas privadas: 175.
Personas públicas: 175.
Plena jurisdicción (recurso de): 366, 368.
Poderes de guerra: 86.
Poder discrecional: 34, 71, 85.
Policía urbana y rural: 280.
Precio global: 166.
Precios unitarios: 166.
Prestación directa (del servicio público): 119.
Presupuesto: 248, 308.
Procurador General de la República: 265.
Práctica administrativa: 50.
Principio de legalidad: 82, 83, 84.
Promulgación de la ley: 22.
Publicación: 78.

R

Ratificación del acto administrativo: 93.
Ratificación de los decretos-leyes: 45.
Recepción de la costumbre: 48.
Recepción del tratado: 28.
Recursos administrativos: 79, 363.
Recursos contenciosos: 363.
Recurso de gracia: 79, 363.
Recurso jerárquico: 363.
Reforma del acto administrativo: 97.
Refrendo ministerial: 247.
Reglamentos: 30 y ss.
Reglamentos autónomos: 33.
Reglamentos delegados: 33.
Reglamentos de necesidad: 33.
Reglamentos ejecutivos: 33.
Renuncia (actos de): 71, 212.
Representación legal (teoría de la): 183.
Requisados: 161.
Reserva legal: 24.

Resoluciones ministeriales: 247.
Responsabilidad del Estado: 230.
Responsabilidad de los funcionarios: 221.
Revocación: 98.
Revocación por ilegalidad: 97.
Revocación por mérito: 97.

S

Sala de Centralización: 257.
Sala de Control: 256.
Sala de Examen: 258.
Secretarios Generales: 287.
Separación de la autoridad administrativa de la judicial: 349.
Servicio público: 104 y ss.
Situación estatutaria del funcionario: 201, 202.
Situaciones jurídicas generales: 61, 62.
Situaciones jurídicas individuales: 61, 63.
Situado Constitucional: 281, 282.
Soberanía: 274.
Sociedades de economía mixta: 122.
Sorteo: 206.
Suministros (Contrato de): 172.
Supresión de cargo: 212.

T

Tasas: 158.
Teoría pura del derecho: 4.
Teoría de los poderes discrecionales: 85.
Teoría de las circunstancias excepcionales: 86.
Territorios Federales: 310.
Tierras baldías: 345.
Toma de posesión: 208, 209.
Tratado: 26.
Tratados-contratos: 27.
Tratados normativos: 27.
Trayectoria legislativa: 22.
Tutela administrativa: 320.
Tribunal de los Conflictos: 351.
Tribunales administrativos: 349.
Tribunales judiciales: 349.

U

Unidad del tesoro (Principio de la): 318.

V

Veto: 22.
Vía administrativa: 95.
Vía jurisdiccional: 95.
Voluntad: 74, 83, 91.
Votos consultivos: 136.

INDICE GENERAL

CAPITULO I.

LA ADMINISTRACION PUBLICA. DIVERSAS ACEPCIONES. CONCEPCIONES DE LAS DISTINTAS ESCUELAS.

1. Diversas acepciones 9
2. La administración, función del Estado 10
3. La noción de administración, según Otto Mayer 12
4. La noción de administración, según la Escuela Vienesa (Kelsen - Merkl) 14
5. La noción de administración, según la Escuela de Burdeos 18
6. La noción de administración, según la doctrina italiana. La finalidad y el interés público 20

CAPITULO II.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA ANTITESIS ENTRE EL DERECHO PUBLICO Y EL DERECHO PRIVADO. DEFINICION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. SUS RELACIONES CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO Y CON LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACION.

7. Derecho público y derecho privado 23
8. Ramas del Derecho Público 26
9. Definición del derecho administrativo 26
10. Relaciones con el derecho constitucional 28
11. Relaciones del derecho administrativo con el derecho penal 30
12. Relaciones del derecho administrativo con el derecho financiero 30
13. Relaciones del derecho administrativo con el derecho minero 31
14. Relaciones del derecho administrativo con el derecho procesal 31
15. Relaciones del derecho administrativo con el derecho civil 32
16. Relaciones del derecho administrativo con la ciencia de la administración 32

CAPITULO III.

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA LEY.

17. Cuadro de las fuentes jurídico-administrativas 35
18. La Ley 35
19. Controversia doctrinaria sobre el concepto de Ley 36
20. Generalidad de la ley 40
21. Concepto de Ley en derecho venezolano 42
22. La trayectoria legislativa 45
23. Hegemonía de la ley 48
24. Reserva de la ley 48
25. La ley como fuente jurídico-administrativa 49

CAPITULO IV.

EL TRATADO.

26. Definición 51
27. Clasificación de los tratados 51
28. Condiciones del tratado para ser fuente jurídico-administrativa 51
29. Rango de los tratados entre las fuentes de derecho 53

CAPITULO V.

LOS REGLAMENTOS.

30. Concepto del reglamento 55
31. Naturaleza jurídica de los reglamentos 56
32. Materia del reglamento 56
33. Clasificación de los reglamentos 58
34. Fundamento de la potestad reglamentaria 61
35. Limitaciones de la potestad reglamentaria 62
36. Forma y publicación de los reglamentos 63
37. Extinción de los reglamentos 64
38. Transformación operada en Francia por la Constitución de 1958 65

CAPITULO VI.

LOS DECRETOS-LEYES.

39. Concepto 67
40. Situaciones en que aparecen los decretos-leyes 67

41. La delegación legislativa 68
42. Las delegaciones sin previsión constitucional, y los decretos-leyes de necesidad 70
43. Los decretos-leyes basados en la restricción de garantías .. 70
44. Los decretos-leyes dictados por los gobiernos de facto .. 72
45. La ratificación 73

CAPITULO VII.

LA COSTUMBRE. LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA.

46. Concepto 75
47. Elementos constitutivos de la costumbre 75
48. Recepción de la costumbre en el ordenamiento jurídico .. 75
49. Diferentes clases de costumbres 76
50. La práctica administrativa como fuente de derecho administrativo 77
51. La jurisprudencia 78
52. La doctrina 79

CAPITULO VIII.

LA CODIFICACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

53. Noción general 81
54. Proceso histórico de la codificación del derecho 82
55. El problema de la codificación en el derecho administrativo 84
56. Opinión favorable a la codificación del derecho administrativo 85
57. Opinión contraria a la codificación del derecho administrativo 85
58. Opinión ecléctica 86
59. Nuestra opinión 86
60. La codificación administrativa en Venezuela 87

CAPITULO IX.

LAS SITUACIONES JURIDICAS GENERALES E INDIVIDUALES. ACTOS JURIDICOS. CRITERIOS PARA CLASIFICAR LOS ACTOS JURIDICOS. ACTOS MATERIALES.

61. Situaciones jurídicas 89
62. Caracteres de las situaciones jurídicas generales 91
63. Caracteres de las situaciones jurídicas individuales 92

64. Noción del acto jurídico 92
65. Clasificaciones de los actos jurídicos 94
66. Clasificación material (el acto-regla, el acto-subjetivo, el acto-condición, el acto-jurisdiccional) 94
67. Clasificación formal 98
68. Clasificación orgánica 99
69. Actos materiales 99

CAPITULO X.

ACTOS ADMINISTRATIVOS. DEFINICION Y CLASIFICACION.

70. Definición 101
71. Clasificación de los actos administrativos 103

CAPITULO XI.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO. EL PROCEDIMIENTO CONSTITUTIVO. RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONTRA DICHOS ACTOS. EJECUTIVIDAD Y EJECUTORIEDAD.

72. Noción general 113
73. Competencia del órgano 113
74. Voluntad 114
75. Contenido 114
76. Motivos 115
77. Finalidad 115
78. Formalidades 116
79. Recursos administrativos 118
80. Efectos del acto administrativo 119
81. Ejecutividad y ejecutoriedad 119

CAPITULO XII.

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA Y SUS RESTRICCIONES.

82. Noción general 121
83. Formas de la ilegalidad 123
84. Limitaciones al principio de la legalidad 125
85. Teoría de los poderes discrecionales 126
86. Teoría de las circunstancias excepcionales 129
87. Teoría de los actos de gobierno 131

CAPITULO XIII.

IRREGULARIDADES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

88. Noción general 137
89. El problema de la irregularidad de los actos administrativos en Venezuela 138
90. Casos de inexistencia de actos administrativos 141
91. Anulabilidad del acto administrativo 143
92. Actos irregulares, pero válidos 146
93. Convalidación 146

CAPITULO XIV.

EXTINCION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. LA VIA ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIONAL.

94. Planteamiento del problema 149
95. La vía administrativa y la vía jurisdiccional 150
96. El principio de la autotutela de la administración pública 151
97. Disposiciones administrativas sobre la eficacia de actos anteriores 152
98. Los conceptos de revocación y anulación 152
99. Fundamentos del poder de revocación 155
100. Limitaciones del poder de revocar los actos administrativos 155
101. Alcance de los efectos de la revocación 157
102. La declaración de caducidad 158
103. La declaración de decaimiento 160

CAPITULO XV.

LOS SERVICIOS PUBLICOS. DEFINICION. ELEMENTOS. REGIMEN JURIDICO ESPECIAL. EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA EN FRANCIA. CLASIFICACIONES. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

104. Noción general 161
105. Brillo y decadencia de la noción del servicio público 162
106. Definición 164
107. Régimen jurídico especial 166
108. Evolución de la jurisprudencia y de la doctrina en Francia 167
109. Determinación de la existencia del servicio público 170
110. Clasificaciones de los servicios públicos 171
111. Principios fundamentales de los servicios públicos 173

CAPITULO XVI.

CREACION, ORGANIZACION Y SUPRESION DE SERVICIOS PUBLICOS. MODOS DE PRESTACION.

112. Doble acepción de la expresión "servicio público" 175
113. Creación de servicios públicos 175
114. Derecho positivo venezolano. Creación de servicios públicos nacionales 178
115. Creación de servicios públicos en los Estados y Municipios 179
115-A Creación de los servicios públicos en sentido orgánico .. 180
116. Organización de los servicios públicos 180
117. Supresión de los servicios públicos 181
118. Modos de gestión de los servicios públicos 181
119. Prestación directa 182
120. La concesión 183
121. Los institutos oficiales autónomos 184
122. Las sociedades de economía mixta 185
123. Las empresas del Estado 186

CAPITULO XVII.

LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION. DISTINCION ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS DE DERECHO COMUN.

124. Noción del contrato 189
125. Categorías de contratos de la administración 189
126. Criterios doctrinales 190
127. Origen de la distinción entre las dos categorías 192
128. Criterios de distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho común 193
129. Apreciación nuestra 195

CAPITULO XVIII.

LA FORMACION DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION.

130. Noción general 199
131. Competencia 199
132. Formalidades previas 201
133. Autorización presupuestaria 201
134. Autorización para contratar 202
135. La decisión de contratar 203

136. Los votos consultivos 204
137. La aprobación del contrato 204
138. Significación jurídica de la aprobación del contrato 206
139. La elección de los contratistas 207
140. Derecho positivo venezolano en materia de licitaciones 208

CAPITULO XIX.

LA EJECUCION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

141. Noción general 211
142. Obligaciones del contratista 212
143. Derechos de control y de dirección de la administración .. 213
144. Derecho de sancionar 213
145. Derecho de modificación unilateral 215
146. Derecho de poner fin al contrato 216
147. Los derechos del contratista 216
148. Incidentes surgidos en la ejecución de los contratos administrativos 218
149. Teoría del caso fortuito y de la fuerza mayor 218
150. La teoría del hecho del príncipe 219
151. La teoría de la imprevisión 223

CAPITULO XX.

LA CONCESION DE SERVICIO PUBLICO.

152. Noción general 227
153. Naturaleza jurídica de la concesión de servicio público .. 228
154. Permanencia de la noción de servicio público 229
155. Formación del acto de la concesión 230
156. Deberes del concesionario 231
157. Los poderes de la autoridad 231
158. Derechos del concesionario 234
159. Extinción de la concesión 237

CAPITULO XXI.

EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA. LA CONCESION DE OBRA PUBLICA Y EL CONTRATO DE SUMINISTROS.

160. Noción general 241
161. Naturaleza jurídica del contrato de obra pública 242
162. Formación del contrato de obra pública 243

163. Plazos contractuales 245
164. Ejecución de la obra 245
165. Poderes de la administración 245
166. Derechos del contratista 246
167. Garantías 248
168. Responsabilidad del contratista 248
169. Extinción del contrato de obra pública 249
170. La concesión de obra pública. Definición 250
171. Concesión de obra pública y concesión de servicio público 251
172. El contrato de suministros. Noción general 252

CAPITULO XXII.

LA PERSONALIDAD DE LA ADMINISTRACION.

173. Noción general acerca de la personalidad 255
174. Naturaleza de las personas jurídicas 255
175. Personas públicas y personas privadas 257
176. Personalidad jurídica del Estado 261
177. La personalidad del Estado en el derecho venezolano .. 262
178. Sentido estricto y sentido amplio del vocablo "Estado" 263
179. Otras personas públicas 264
180. Las Iglesias 265

CAPITULO XXIII.

LOS ORGANOS DEL ESTADO.

181. Planteamiento del problema 267
182. Teoría del mandato 267
183. Teoría de la representación legal 268
184. Teoría del órgano 269
185. Doble acepción del vocablo "órgano" 270
186. Clasificación de los órganos 272
187. La competencia de los órganos 273
188. Factores determinantes de la competencia 274
189. La jerarquía 275

CAPITULO XXIV.

AGENTES, FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS. ANALISIS DE ESTOS CONCEPTOS EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA LEGISLACION VENEZOLANA.

190. Planteamiento general 277
191. Doctrina francesa 277
192. Doctrina italiana 280
193. Funcionarios y empleados en la legislación venezolana 281
194. Ensayo de una definición del funcionario o empleado público 284
195. Los agentes públicos y la Ley del Trabajo 285

CAPITULO XXV.

NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION PUBLICA.

196. Planteamiento de la cuestión 287
197. Teorías contractualistas de derecho privado 287
198. Teorías políticas 289
199. Teoría basada en la distinción entre funcionarios de autoridad y funcionarios de gestión 290
200. Teoría del contrato de derecho público 290
201. Teoría de la situación estatutaria 291
202. Nuestra posición 292

CAPITULO XXVI.

EL INGRESO A LA FUNCION PUBLICA. DEBERES Y DERECHOS DE LOS AGENTES PUBLICOS. CESACION DE LAS FUNCIONES PUBLICAS.

203. Sistemas de designación 295
204. El nombramiento 295
205. La elección 298
206. El sorteo 298
207. Condiciones personales para el ejercicio de cargos públicos 299
208. Requisitos previos a la toma de posesión del cargo 301
209. La toma de posesión 303
210. Deberes de los funcionarios y empleados 303
211. Derechos de los funcionarios y empleados 307
212. Cesación en el cargo público 312

CAPITULO XXVII.

LOS FUNCIONARIOS DE HECHO.

213. Funcionarios de derecho y funcionarios de hecho 315
214. Funcionarios de hecho en épocas de normalidad institucional 316
215. Funcionarios de hecho en épocas de anormalidad institucional 317
216. Carácter de los funcionarios designados por los gobiernos de facto 319
217. Requisitos esenciales para la existencia del funcionario de hecho 320
218. Doctrinas de la validez de los actos de los funcionarios de hecho 322
219. Derechos de los funcionarios de hecho frente a la administración 325
220. Responsabilidad penal de los funcionarios de hecho 326

CAPITULO XXVIII.

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

221. Principio fundamental 329
222. Diversas formas de responsabilidad 329
223. La determinación de la responsabilidad 333
224. Distinción entre la falta personal y la falta del servicio .. 334
225. Interés de la distinción 336
226. La acumulación de responsabilidades del funcionario y de la Administración 337
227. Responsabilidad de los funcionarios frente a la administración 338
228. Daños causados al patrimonio público por falta del funcionario 338
229. El enriquecimiento ilícito 339

CAPITULO XXIX.

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION.

230. Evolución en materia de responsabilidad del Estado 341
231. Responsabilidad por falta y responsabilidad por riesgo .. 344
232. Responsabilidad por falta 345
233. Responsabilidad por riesgo 345

234. Las funciones del Estado y la responsabilidad 347
235. Responsabilidad emanada de la función administrativa 348
236. Responsabilidad emanada de la función legislativa 349
237. Responsabilidad emanada de la función jurisdiccional ... 352

CAPITULO XXX.

ADMINISTRACION PUBLICA NACIONAL. ATRIBUCIONES ADMINISTRATIVAS DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. LOS MINISTROS.

238. El órgano presidencial 355
239. Atribuciones administrativas que se ejercen en el Consejo de Ministros 356
240. Atribuciones administrativas que se ejercen con el Ministro del ramo 358
241. Atribuciones que el Presidente ejerce por sí solo 360
242. Los Ministros; noción general 360
243. Los Ministerios actuales 361
244. Proceso histórico de la creación de los Ministerios 362
245. El Consejo de Ministros 363
246. Atribuciones comunes de los Ministros del Despacho .. 364
247. Firma de los decretos y resoluciones 365
248. Intervención de los Ministros en la elaboración y ejecución del presupuesto 367
248A. La Memoria y Cuenta 368
249. Los Ministros de Estado 369

CAPITULO XXXI.

LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

250. La Contraloría, órgano auxiliar del Congreso 371
251. Autonomía funcional de la Contraloría 372
252. La Contraloría, órgano de vigilancia 372
253. Creación de la Contraloría 374
254. El Contralor General 375
255. Las Salas de la Contraloría 375
256. La Sala de Control 376
257. La Sala de Centralización 378
258. La Sala de Examen 380
259. Los gastos secretos del Estado 381
260. Los informes de la Contraloría 381

CAPITULO XXXII.

LOS ORGANOS CONSULTIVOS DE LA ADMINISTRACION.

261. Noción general 383
262. Antecedentes venezolanos 384
263. Clasificación de los dictámenes de los órganos consultivos 386
264. Los órganos consultivos en Venezuela 386
265. La Procuraduría General de la República 386
266. La Oficina Central de Coordinación y Planificación 388
267. El Consejo de Presupuesto 389
268. El Consejo de Economía Nacional 390
269. El Consejo Bancario Nacional 392
270. El Consejo Nacional de Energía 393
271. El Consejo Supremo de la Defensa Nacional 393
272. El Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas Nacionales 394
273. La Junta Superior de las Fuerzas Armadas Nacionales .. 394

CAPITULO XXXIII.

ADMINISTRACION DE LOS ESTADOS.

274. Soberanía y autonomía 397
275. Peculiaridades de nuestro federalismo 398
276. Materias de la competencia de los Estados 399
277. Organización de los poderes públicos del Estado 399
278. Organización de los Municipios 400
279. División político-territorial 400
280. Organización de la policía urbana y rural 401
281. Administración de los bienes de los Estados 402
282. El Situado Constitucional 403
283. Los demás ingresos ordinarios de los Estados 404
284. Operaciones de crédito público 406
285. Los poderes públicos de los Estados 406
286. El Poder Legislativo 407
287. El Poder Ejecutivo 408

CAPITULO XXXIV.

ADMINISTRACION DE LOS MUNICIPIOS.

288. El Municipio, sociedad natural 411
288A. Normas de la Constitución Venezolana 411

289. Municipio geográfico y Municipio administrativo 412
290. Municipalidad y municipio 413
291. Autonomía municipal 414
292. Los Concejos Municipales 417
293. Las Juntas Comunales 417
294. Materias de la competencia municipal 418
295. Servicios públicos municipales 418
296. Administración de bienes del Municipio 419
297. Ingresos municipales 420

CAPITULO XXXV.

ADMINISTRACION DEL DISTRITO FEDERAL, DE LOS TERRITORIOS FEDERALES Y DE LAS DEPENDENCIAS FEDERALES.

298. Creación del Distrito Federal 423
299. La Constitución de 1961 424
300. La Ley Orgánica del Distrito Federal 424
301. Régimen gubernativo del Distrito Federal 426
302. Régimen Civil y Político 426
303. Régimen económico-administrativo 428
304. El Concejo Municipal 430
305. Ordenanzas 431
306. Contratos de interés municipal 431
307. Impuestos municipales 432
308. El Presupuesto 432
309. Juntas Departamental y Comunales 433
310. Los Territorios Federales 433
311. Las Dependencias Federales 434

CAPITULO XXXVI.

LOS INSTITUTOS AUTONOMOS.

312. Noción General 437
313. Creación 437
314. Ventajas de la creación 438
315. Inconvenientes 439
316. Autonomía o autarquía 439
317. La personalidad jurídica y el patrimonio propio 439
318. Los institutos autónomos y el principio de la unidad del Tesoro 440
319. Control fiscal de los institutos autónomos 442
320. Fiscalización ejercida por el Ejecutivo Nacional 443

321. Formación del patrimonio de los institutos autónomos 444
322. Administración de los institutos autónomos 445
323. Supresión de institutos autónomos 446
324. Prerrogativas del Fisco 447
325. Enumeración de los institutos autónomos 448

CAPITULO XXXVII.

DOMINIO PUBLICO Y DOMINIO PRIVADO DEL ESTADO.

326. Noción general 451
327. Ausencia de distinción en el Código Civil francés 451
328. Teoría clásica del dominio público 452
329. Teoría moderna del dominio público 453
330. Dominio público y derecho de propiedad 453
331. Noción del dominio público en el proyecto del Código Civil francés 454
332. Disposiciones legales 456
333. Doctrina 456
334. Disposiciones legales 458
335. Doctrina española 458
336. Necesidad del dominio público 460
337. Extensión del dominio público 461
338. Naturaleza del derecho del Estado sobre los bienes del dominio público 463
339. Afectación y desafectación 463
340. División del dominio público, según su naturaleza 466
341. División del dominio público, según su afectación 470
342. Caracteres del régimen de la dominialidad pública 470
343. Disposición fundamental 471
344. Enajenación de bienes del dominio privado 471
345. Las tierras baldías, salinas, minas e hidrocarburos 472
346. No es posible la ejecución forzosa sobre bienes del dominio privado del Estado 473

CAPITULO XXXVIII.

LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. SISTEMAS DE ORGANIZACION.

347. Noción general 475
348. Sistemas de organización 476
349. Origen del sistema francés 477
350. Régimen de la justicia delegada 480

351. El Tribunal de los Conflictos 480
352. Composición del Consejo de Estado 480
353. Competencia del Consejo de Estado 482
354. Tribunales administrativos inferiores 483
355. Significado del sistema francés 483
356. Inglaterra 484
357. Estados Unidos 485
358. España 486
359. Venezuela 486
360. Bélgica 486
361. Italia 487
362. Uruguay 488

CAPITULO XXXIX.

LOS RECURSOS CONTENCIOSOS.

363. Diferencia entre los recursos administrativos y los recursos contenciosos 489
364. Clasificación de los recursos contenciosos. La clasificación de Laferrière 490
365. El recurso por exceso de poder 492
366. Los recursos contenciosos en Venezuela 493
367. El recurso de anulación por ilegalidad o abuso de poder en el derecho venezolano 494
368. El recurso de plena jurisdicción en el derecho venezolano 498
369. Las apelaciones ante la Corte Suprema de Justicia 499

CAPITULO XL.

LOS ORGANOS DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LAS PARTES. LOS REPRESENTANTES DE LA ADMINISTRACION. EL PROCEDIMIENTO. PLAZOS PARA ACCIONAR. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS.

370. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa 501
371. La Corte Suprema de Justicia 502
372. Los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil 503
373. Las Cortes o los Juzgados Superiores en lo Civil 504
374. El Tribunal de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta .. 504
375. El Tribunal de Apelaciones de Inquilinato 504
376. Los Juzgados Nacionales de Hacienda 505

377. Los Juzgados Superiores de Hacienda 505
378. Las partes 505
379. Los representantes de la administración 507
380. El procedimiento 509
381. Procedimiento previo a las demandas contra la nación .. 510
382. Plazos para accionar 510
383. Efectos de las sentencias 512
Indice bibliográfico 513
Indice alfabético 517

Impreso en la
Imprenta Universitaria
durante el mes de
junio de 1963.